

University of Groningen

De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder

Visser, Irene

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Visser, I. (2013). *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

© 2013 I. Visser | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-776-1

NUR 822

www.bju.nl

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

**De executoriale verkoop van onroerende zaken door de
hypotheekhouder**

Proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 30 mei 2012
om 16.15 uur

door

Irene Visser

geboren op 16 december 1982
te Noordoostpolder

Promotor: Prof. mr. L.C.A. Verstappen

Beoordelingscommissie:
Prof. mr. S.E. Bartels
Prof. mr. A.W. Jongbloed
Prof. mr. W.D. Kolkman

Woord vooraf

‘Het Regt van Pand of Hypotheek, de laatste soort der reële Regten, is ten uitersten gewigtig, om dat het van een dagelijksch gebruik is, en de insolventiën, helaas! thans zoo menigvuldig worden, dat men schier elk oogenblik preferentiën van schuldeischers heeft te bepalen; maar ook tevens zeer moeilijk, zoo uit hoofde van den verouderden en duisteren stijl onzer Landswetten op dit stuk, als van de menigvuldige verscheidenheid der plaatselijke Wetten, welken men daaromtrent in ons Land heeft.’¹

Het bovenstaande citaat is van Van der Linden en afkomstig uit zijn ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek. Hoewel het dateert van begin negentiende eeuw, is het voor een deel opvallend actueel. Ook de afgelopen jaren neemt het aantal executoriale verkopen toe, evenals het aantal gedwongen verkopen en betalingsachterstanden.² Dit maakt een kritische blik op de huidige regeling van het hypotheekrecht en de effectiviteit en efficiëntie van de executoriale verkoopprocedure van bijzonder belang.

Dit belang wordt versterkt door diverse mediaberichten en onderzoeken waaruit blijkt dat de opbrengst van met name de executoriale verkoop van woningen door verschillende oorzaken te laag is. Daarnaast bestaat behoefte aan het gebruik van moderne communicatiemiddelen en een toekomstbestendige procedure, een behoefte waaraan door de huidige regeling onvoldoende kan worden voldaan. Deze ontwikkelingen vormen de aanleiding voor dit onderzoek, dat de gehele wettelijke executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken, in het bijzonder woningen, door de hypotheekhouder vanuit juridisch perspectief beschouwt. Hiertoe is de huidige wettelijke regeling grondig geanalyseerd, waarbij niet alleen de knelpunten van deze regeling, maar ook het ontstaan van de regeling, de regeling zelf en vergelijkbare regelingen in het buitenland zijn onderzocht.

Graag wil ik op deze plaats een aantal mensen in het bijzonder bedanken voor hun betrokkenheid bij dit promotieproject. In de eerste plaats mijn promotor Leon Verstappen. Jouw waardevolle opmerkingen en suggesties hebben mij aangezet steeds een stap verder te denken en je enthousiame voor het onderzoek heeft inspirerend gewerkt. Daarnaast bedank ik prof. mr. S.E. Bartels, prof. mr. A.W. Jongbloed en prof. mr. W.D. Kolkman dat zij zitting wilden nemen in de beoordelingscommissie.

Ook wil ik mijn collega’s van Privaatrecht en Notarieel recht bedanken voor de fijne samenwerking, maar ook de inhoudelijke bijeenkomsten en overige

¹ Joannes van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808 (Heruitgave met enige nog onuitgegeven stukken, verzorgd door J.Th. de Smidt)*, Amsterdam 1967, p. 71-72.

² *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 1403.

activiteiten. Dit heeft er mede voor gezorgd dat er wat mij betreft ook voor een promotieonderzoek niets gaat boven Groningen!

Tijdens het promotietraject ben ik ook werkzaam geweest bij Netwerk Notarissen in Baarn. Voor een deel is dit onderzoek ook door hen gefinancierd. Bij Netwerk Notarissen heb ik veel kennis opgedaan die van waarde is geweest voor mijn promotieonderzoek, met name ook bij de werkgroep Veilingen. Hiervoor wil ik hen graag bedanken. Mijn collega's in Baarn bedank ik voor de fijne samenwerking tijdens het promotietraject en ook daarna. In het bijzonder bedank ik Lucienne van der Geld, van wie ik veel heb geleerd (in allerlei opzichten) en nog hoop te leren.

Ten behoeve van het promotieonderzoek heb ik een groot aantal bezoeken gebracht aan veilingen en gesproken met (kandidaat-)notarissen en andere medewerkers van notariskantoren, hypotheckair financiers en belangenorganisaties over het onderwerp van mijn onderzoek. Deze personen en organisaties dank ik voor hun openheid en de waardevolle informatie en inspiratie die de veilingbezoeken en gesprekken hebben opgeleverd voor mijn onderzoek.

In dit onderzoek heb ik gebruik kunnen maken van een groot aantal ongepubliceerde uitspraken van verschillende rechtbanken en gerechtshoven. Voor het verstrekken van deze geanonimiseerde jurisprudentie gaat mijn grote dank uit naar SWG Advocaten te Rosmalen, in het bijzonder mw. mr. C.C.M. Ewalds. Ook bedank ik de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en de *Conseil des Notariats de l'Union Européenne* (CNUE) voor hun hulp bij het versturen van de questionnaires voor het rechtsvergelijkende onderzoek. De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap ben ik erkentelijk voor hun hulp bij de 'laatste puntjes op de i'.

Ook wil ik graag Jeroen, mijn familie en vrienden bedanken voor hun bijdrage aan mijn onderzoek: steun, vertrouwen, broodnodige afleiding naast het promotieonderzoek en geduld. Ten slotte bedank ik Monique van Vemde en Irene Glasbergen voor het correctiewerk dat zij hebben verricht en Lineke Klap-de Nooijer en Ellen Siemons voor alle 'raad en daad' tijdens dit promotietraject.

Zwolle, maart 2013

Inhoudsopgave

Afkortingen	xv
1. Inleiding	1
1.1 Introductie van het onderwerp	1
1.2 Achtergrond van het onderzoek	3
1.3 Nadere afbakening van het onderwerp	5
1.4 Doel van het onderzoek en onderzoeksvragen	6
1.5 Methodologische verantwoording	7
1.6 Plan van behandeling	10
2. Geschiedenis van het hypotheek- en verhaalsrecht	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Het oud-Hollandse hypotheekrecht	11
2.2.1 Het hypotheekrecht	12
2.2.2 De wijze van vestiging	13
2.2.3 De executoriale verkoop	16
2.3 Codificatie van het hypotheekrecht; Franse invloed	18
2.3.1 Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland	18
2.3.2 De <i>Code Civil</i>	19
2.4 Het Burgerlijk Wetboek van 1838	20
2.4.1 De executoriale verkoop	22
2.4.2 Nadere uitwerking van de wettelijke vereisten	24
2.4.2.1 Verkoop in het openbaar	24
2.4.2.2 Plaatselijk gebruik	26
2.4.2.3 Ten overstaan van een openbaar ambtenaar	30
2.4.2.4 In tegenwoordigheid van de kantonrechter	30
2.4.2.5 Verwittiging overige schuldeisers	31
2.4.3 Het uitwinningsrecht van de andere schuldeisers; Lex Hartogh	31
2.5 Het huidige Burgerlijk Wetboek	32
2.5.1 De gewijzigde verhaalsmogelijkheden	33
2.5.2 De overige wijzigingen in de executoriale verkoopprocedure	35
2.5.2.1 Lossing door de schuldenaar	36
2.5.2.2 De procedureregels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	36
2.5.2.3 De regeling van het huurbeding	36
2.5.2.4 De regeling van betaling, zuivering en verdeling van de executieopbrengst	37
2.5.3 Het wetsvoorstel Executieveilingen	37
3. De ontwikkelingen na 1992	39
3.1 Inleiding	39

3.2	De knelpunten van de executoriale verkoopprocedure; resultaten uit andere onderzoeken	39
3.2.1	Ferwerda e.a. 2007	40
3.2.2	Brounen 2008	43
3.2.3	Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) 2009	44
3.3	De ontwikkelingen in de praktijk en de politiek	46
3.3.1	De ontwikkelingen in de praktijk: regionalisering, formalisering en uniformering van de veilingprocedure	46
3.3.1.1	Regionalisering	47
3.3.1.2	Formalisering en uniformering	52
3.3.1.3	Twee andere ontwikkelingen	55
3.3.2	Politieke ontwikkelingen	56
3.3.2.1	Algemeen overzicht	56
3.3.2.2	Het wetsvoorstel Executieveilingen	60
4.	Uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure	63
4.1	Inleiding	63
4.2	Het belang van het vastleggen van de uitgangspunten	63
4.3	Het hoofddoel: het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst	64
4.3.1	Het hoofddoel uitgewerkt op microniveau	65
4.3.1.1	De positie van andere betrokkenen bij de executoriale verkoop	67
4.3.1.2	Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (Stichting WEW)	73
4.3.2	Het hoofddoel uitgewerkt op macroniveau	74
4.3.2.1	Het belang van financiering met hypothecaire zekerheid	74
4.3.2.2	Het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst	76
4.3.2.3	Het doel van het wetsvoorstel Executieveilingen	76
4.3.2.4	Het waarborgen van de belangen van de betrokkenen op macroniveau	78
4.3.3	Aanvulling op het hoofddoel: het zo veel mogelijk terugdringen van de kosten	79
4.3.3.1	Het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst op microniveau	79
4.3.3.2	Het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst op macroniveau	83
4.3.3.3	Het belang van flexibiliteit	84
4.3.3.4	Mesoniveau (tussenniveau): algemene veiling-Voorwaarden	87
4.4	Aanknopingspunten voor het behalen van 'een zo hoog mogelijke netto-opbrengst'	89
4.4.1	De meest geschikte wijze van executoriale verkoop	90
4.4.1.1	Economische literatuur over de wijzen van verkoop	91
4.4.1.2	De openbare veiling bij opbod en afmijning	91

4.4.1.3	De onderhandse executoriale verkoop	95
4.4.1.4	De onderhandse executoriale verkoop: doorgeven biedingen en ‘mini veiling’	97
4.4.1.5	Het woord <i>verkoop</i> in art. 514-549 Rv	102
4.4.2	De beste voorbereiding van de executoriale verkoop	102
4.4.2.1	Inzichten uit de economische literatuur	103
4.4.2.2	Het belang van <i>tijdige</i> informatievoorziening	103
4.4.2.3	Bijzonderheden bij de <i>executoriale</i> verkoop	106
4.4.3	Het bereiken van de meestbiedende gegadigde	109
4.4.3.1	Ook aanplakking en aankondiging bij onderhandse executoriale verkoop?	110
4.4.3.2	De overige formaliteiten in het Wetboek van Burger- lijke Rechtsvordering	113
4.4.3.3	Hoe moet de meestbiedende gegadigde worden be- reikt? Het belang van een flexibele regeling	115
5.	De executoriale verkoopprocedure op microniveau	117
5.1	Inleiding	117
5.2	De rol van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure	117
5.2.1	Notariële tussenkomst in het algemeen	117
5.2.1.1	Twee pijlers: rechtszekerheid en rechtsbescherming	118
5.2.1.2	De zorgplicht van de notaris tegenover derden	120
5.2.2.	De reden voor notariële tussenkomst bij de executoriale verkoop	124
5.2.2.1	De rol van de voorzieningenrechter bij de execu- toriale verkoopprocedure	126
5.2.3	Algemene opmerkingen over de rol van de notaris bij de executoriale verkoop	128
5.2.3.1	De beoordelingsvrijheid van de notaris	129
5.2.3.2	Algemene opmerkingen ten aanzien van het leidende uitgangspunt: een zo hoog mogelijke netto-opbrengst	131
5.2.3.3	De rol van de voorzieningenrechter bij de onderhandse executoriale verkoopprocedure	134
5.2.4	Zorgplichten op grond van de pijler van rechtsbescherming	137
5.2.4.1	De belangen van de hypotheekgever en de zorg- plichten van de notaris	137
5.2.4.2	De positie van de notaris ten opzichte van de andere betrokkenen	145
5.2.5	Zorgplichten op grond van de rechtszekerheidspijler	151
5.2.5.1	Plicht tot wilscontrole	152
5.2.5.2	Onderzoeksplicht	153
5.2.5.3	Informatieplicht	165
5.3	De rol van de hypotheekhouder bij de executoriale verkoopprocedure	172
5.3.1	Het voorkomen van de executoriale verkoop	172

5.3.1.1	De invulling van art. 6:81 e.v. BW in de jurisprudentie en de hypotheekakte	174
5.3.1.2	Misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad en strijd met redelijkheid en billijkheid	178
5.3.1.3	De overige regelgeving	193
5.3.2	De verantwoordelijkheden van de hypotheekhouder gedurende de executoriale verkoopprocedure	197
5.3.2.1	De belangen van de overige betrokkenen: het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst	197
5.3.2.2	De bijzondere zorgplicht tegenover de hypotheekgever	200
5.4	Niet-nakoming van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure	205
5.4.1	Algemene inleiding op niet-nakoming van (vorm)voorschriften	206
5.4.1.1	De sanctie op niet-nakoming van voorschriften in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	206
5.4.1.2	De voorschriften van de executoriale verkoopprocedure: vormvoorschriften?	210
5.4.1.3	De gevolgen van de executoriale verkoop	212
5.4.1.4	De analyse van de gevolgen van overtreding van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure	214
5.4.2	De overtreding van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure	218
5.4.2.1	Voorschriften voor de aanzegging en mededeling aan belanghebbenden	218
5.4.2.2	Voorschriften voor de oproeping van het publiek en de informatievoorziening aan de belanghebbenden en het publiek	228
5.4.2.3	Voorschriften voor de openbare executoriale verkoop	244
5.4.2.4	Voorschriften voor de onderhandse executoriale verkoop	248
6.	De executoriale verkoop op macroniveau	253
6.1	Inleiding	253
6.2	Het recht van parate executie nader beschouwd	253
6.2.1	Achterliggende reden voor het recht van parate executie: het belang van hypothecaire financiering	255
6.2.2	Rechtvaardiging voor het recht van parate executie	256
6.2.2.1	Vrijwillige zelfbeschikking (interne rechtvaardiging)	257
6.2.2.2	Het publiciteitsbeginsel (externe rechtvaardiging)	258
6.2.3	Vergelijking met het vereenvoudigde invorderingsrecht van de fiscus	259
6.2.4	Vergelijking met de rechten van de beslaglegger bij verhaal	260
6.2.4.1	Het huurbeding, beheerbepaling en beding van onder zich nemen	260

6.2.4.2	Onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 BW)	264
6.2.4.3	Het recht van lossing (art. 3:269 BW)	266
6.2.4.4	Overnemingsrecht hypotheekhouder (art. 509 Rv)	268
6.2.4.5	Separatistpositie bij faillissement	269
6.2.4.6	Voorrang bij uitdeling executieopbrengst	272
6.3	Verkoop en overdracht door de hypotheekhouder: mandaatleer versus executieleer	273
6.3.1	Belangrijke ontwikkelingen in de discussie	274
6.3.2	De proefschriften van Van der Kwaak en Groefsema	281
6.3.3	Het belang van de discussie	284
6.3.3.1	Inconsistenties bij onderhandse executoriale verkoop	284
6.3.3.2	Bijzondere lasten en beperkingen, non-conformiteit (art. 7:19 BW)	292
6.3.3.3	Risicoverdeling bij executoriale verkoop	297
6.3.3.4	Verkoop aan hypotheekhouder en hypotheekgever?	300
6.4	Het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en het verbod tot verhaal op andere wijze dan voorgeschreven (art. 3:268 lid 5 BW)	303
6.4.1	De ratio van het verbod van art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW	304
6.4.2	Alternatieven voor de voldoening van de hypothecaire vordering	307
6.4.2.1	Strijd met (de strekking van) art. 3:235 BW?	308
6.4.2.2	Strijd met (de strekking van) art. 3:268 lid 5 BW?	310
6.4.2.3	Een alternatief voor de onherroepelijke volmacht: aanpassing van de procedure van onderhandse executoriale verkoop	312
6.5	De overgang van rechten en verplichtingen bij executoriale verkoop	313
6.5.1	Algemene opmerkingen	314
6.5.2	Het hypotheekrecht en beperkte rechten en beslagen	314
6.5.2.1	Regeling omtrent gevolgen vestiging beperkte rechten na hypotheek	315
6.5.2.2	Zuivering van rechtswege van hypotheeken, beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten	316
6.5.2.3	Handhaving van niet-inroepbare beperkte rechten	317
6.5.2.4	De overgang van voorwaarden betreffende beperkte rechten	319
6.5.3	Het hypotheekrecht en persoonlijke verplichtingen	321
6.5.4	Het hypotheekrecht en 'hybride rechten'	325
6.5.4.1	De kwalitatieve verplichting	326
6.5.4.2	Het retentierecht	328
6.6	Het huurrecht en de executoriale verkoop	332
6.6.1	De parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:264 BW: de belangenafweging	332
6.6.2	De werking van art. 3:264 BW	342
6.6.2.1	Inroepen van het huurbeding	342

6.6.2.2	Inroepen van het huurbeding bij woonruimte	346
6.6.2.3	Inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder buiten de executoriale verkoopprocedure	358
6.6.2.4	Toestemming voor de huur?	362
6.6.2.5	Het schadevergoedingsrecht van de huurder	365
6.6.2.6	Huurovereenkomst voor vestiging van het hypotheekrecht	368
6.6.3	Heroverweging van het huurbeding: twee redenen	374
6.6.3.1	Heroverweging op grond van de vermogensrechtelijke grondslag	375
6.6.3.2	Te ver doorgevoerde bescherming van de huurder van Woonruimte	378
6.6.4	Wenselijke aanpassingen van het huurbedingartikel	380
6.6.4.1	De oplossing van de wetgever	380
6.6.4.2	Voorstel tot aanpassing	382
6.7	Het beheerbeding en beding van onder zich nemen	384
6.7.1	Het beheerbeding (art. 3:267, eerste zin BW)	384
6.7.1.1	‘In ernstige mate tekortschieten’	389
6.7.1.2	Machtiging van de voorzieningenrechter	391
6.7.2	Het beding van onder zich nemen (art. 3:267, tweede zin BW)	392
6.7.2.1	‘Met het oog op de executie vereist’	394
6.7.2.2	Machtiging voorzieningenrechter nodig?	396
6.7.3	Beschouwingen ten aanzien van beide bedingen	399
6.7.3.1	Derdenwerking	400
6.7.3.2	Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid	404
7.	Resultaten uit rechtsvergelijkend onderzoek	407
7.1	Inleiding	407
7.2	Eerder rechtsvergelijkend onderzoek	407
7.2.1	Real Property Law and Procedure in the European Union (2005)	407
7.2.2	Studies Mortgage Funding Expert Group (2006) en European Mortgage Federation (2007)	409
7.2.3	Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe (2010)	410
7.3	Methodologische verantwoording	410
7.3.1	Uitvoering	411
7.3.2	Nadere verantwoording ten aanzien van conclusies	411
7.4	Resultaten uit de questionnaires	412
7.4.1	Toename aantal executieveilingen	412
7.4.2	Gebruik internet	413
7.4.2.1	Het Hongaarse internetveilsysteem	414
7.4.3	Huur, beheer en onder zich nemen	415
7.4.3.1	Huur	415
7.4.3.2	Beheer en ontruiming	418

7.4.4	Overeenkomstige redenen voor wetswijziging	420
7.5	Lengte, kosten en opbrengsten van de executoriale verkoopprocedure	421
7.5.1	Lengte	422
7.5.2	Kosten	423
7.5.3	Opbrengsten	424
8.	Conclusies en aanbevelingen	427
8.1	Inleiding	427
8.2	Conclusies	427
8.2.1	Hoofddoel: een zo hoog mogelijke netto-opbrengst	427
8.2.1.1	Aanwijzingen voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst	428
8.2.2	Flexibiliteit in de wettelijke regeling	429
8.2.3	Het belang van een efficiënte en effectieve procedure	430
8.2.3.1	Twee noodzakelijke aanpassingen	432
8.2.3.2	De rol van de notaris en de hypotheekhouder	433
8.2.4	Het belang van rechtszekerheid en rechtsbescherming	434
8.3	Aanbevelingen	436
8.3.1	Meer flexibiliteit in de wettelijke executoriale verkoopprocedure, ten behoeve van de netto-opbrengst	436
8.3.2	Wijzigingen in de onderhandse executoriale verkoopprocedure	437
8.3.3	Aanpassingen van het huurbeding; betere inpassing kwalitatieve verplichting en retentierecht	438
8.3.4	Aanpassing van de risicoverdeling?	439
8.3.5	Aanbevelingen voor economisch onderzoek	439
	Samenvatting	441
	Summary	449
	Literatuurlijst	457
	Jurisprudentielijst	473
	Bijlage: overzicht van de betrokkenen bij de executoriale verkoop	481
	Reeds verschenen in de serie Vastgoed, Onderneming en Recht	497

Afkortingen

aant.	Aantekening
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
art.	artikel
AVEA 2001	Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen Amsterdam 2001
AVV 1987	Algemene Veilingvoorwaarden onroerend goed 1987
AVVE 1993/2006	Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen 1993 of 2006
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CHF	Contactorgaan Hypothecair Financiers
CIR	Centraal Insolventieregister
CNUE	<i>Conseil des Notariats de l'Union Européenne</i>
c.s.	<i>cum suis</i>
DNotI	<i>Deutsches Notarinstitut</i>
e.a.	en anderen
EMF	<i>European Mortgage Federation</i>
EU	Europese Unie
EUI	<i>European University Institute</i>
e.v.	en verder
FGMC	<i>Forum Group on Mortgage Credit</i>
FTV	(Civiel en) Fiscaal Tijdschrift Vermogen
GHF	Gedragscode Hypothecaire Financiering
Inv.	Invoeringswet
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
jo.	<i>juncto</i>
KG	Kort Geding
KNB	<i>Voor 1999: Koninklijke Notariële Broederschap</i> <i>Na 1999: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie</i>
KvT	Kamer van Toezicht
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
losbl.	losbladig
LOVC	Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele Sectoren van de rechtbanken
MBVK	<i>Magyar Bíróági Végrehajtói Kamara</i> (Hongaarse Kamer van Gerechtsdeurwaarders)
MFEG	<i>Mortgage Funding Expert Group</i>
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord

AFKORTINGEN

MvT	memorie van toelichting
NBW	nieuw Burgerlijk Wetboek
NHG	Nationale Hypotheek Garantie
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
OBW	oud Burgerlijk Wetboek
o.m.	onder meer
ORV	oud Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
p.	pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Parl. Gesch. Wijz. Rv.	Parlementaire Geschiedenis Wijziging Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
PW	Periodiek Woordenboek
q.q.	<i>qualitate qua</i>
Rb.	Rechtbank
RN	Rechtspraak Notariaat
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
TM	Toelichting Meijers
tuchtr.	tuchtrechter/notariskamer Hof Amsterdam
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
Vdp	<i>Verband deutscher Pfandbriefbanken</i>
vgl.	vergelijk
VvE	vereniging van eigenaars
vzr.	Voorzieningenrechter
W	Weekblad van het regt
WEW	Waarborgfonds Eigen Woningen
Wkpb	Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen
WNvH	Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	Tijdschrift voor huurrecht
Wvg	Wet voorkeursrecht gemeenten

1. Inleiding

1.1 Introductie van het onderwerp

De executoriale verkoop biedt voor verschillende categorieën schuldeisers de ultieme mogelijkheid hun vordering voldaan te krijgen. De wijze van executoriale verkoop is uitgewerkt in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De te volgen procedure is daarin afhankelijk gesteld van de schuldeiser die overgaat tot executoriale verkoop en het goed dat hij daarbij verkoopt. Een reguliere schuldeiser zal eerst over een executoriale titel moeten beschikken en vervolgens beslag moeten leggen, voordat hij tot executoriale verkoop kan overgaan. Schuldeisers met een zekerheidsrecht, de pand- en hypotheekhouder, hebben een recht van parate executie, zodat voorafgaand beslag niet nodig is.

Het pandrecht is zekerheidsrecht op niet-registergoederen (art. 3:227 lid 1 BW). Dit onderzoek richt zich echter voornamelijk op het zekerheidsrecht op registergoederen: het hypotheekrecht. Voor de procedure van executoriale verkoop door de hypotheekhouder wordt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onderscheid gemaakt tussen onroerende zaken (art. 546 jo. 514 e.v. Rv.), schepen (art. 562a e.v. Rv) en luchtvaartuigen (art. 584a e.v. Rv). In dit onderzoek ligt de nadruk op de executoriale verkoop van onroerende zaken, die op twee manieren plaatsvinden: in het openbaar, de zogenaamde executieveiling (art. 3:268 lid 1 BW jo. 546 jo. 519 Rv), of onderhands (art. 3:268 lid 2 en 3 BW jo. 548 Rv).

De wettelijke procedure van executoriale verkoop is het resultaat van een belangenafweging door de wetgever ten aanzien van de belangen van de betrokkenen bij de procedure.³ De executoriale verkoop van een onroerende zaak brengt grote gevolgen mee voor de hypotheekgever, eventuele andere bewoners en gebruikers en rechthebbenden met betrekking tot de zaak. Als gevolg ervan verliest de hypotheekgever zijn rechten met betrekking tot de zaak, zijn de eventuele andere bewoners gehouden de onroerende zaak te verlaten en kunnen ook andere betrokkenen rechten verliezen.

Bij de bespreking in de volgende hoofdstukken zal nader worden uitgediept dat bij deze belangenafweging steeds het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst voorop dient te staan. Het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst staat voorop, omdat dit in het belang is van alle betrokkenen. De hypotheekhouder is hierbij gebaat, omdat uit de opbrengst zijn vordering zo veel mogelijk voldaan wordt. Opbrengstmaximalisatie is ook in het belang van de hypotheekgever. Hij verliest weliswaar zijn eigendomsrechten met betrekking

³ Als betrokkenen worden aangemerkt degenen die direct dan wel indirect gevolgen (kunnen) ondervinden van de executoriale verkoop. Zie voor een overzicht de Bijlage.

tot de onroerende zaak, maar aan hem komt de restantopbrengst toe dan wel zijn schulden worden zo veel mogelijk voldaan uit de opbrengst. Voorts is het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst in het belang van de betrokkenen die door de wetgever als belanghebbenden zijn aangewezen; zij delen in beginsel mee in de verdeling van de executieopbrengst.

Ook de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen kan belang hebben bij een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Deze stichting biedt met de Nationale Hypotheekgarantie een borgstelling voor de terugbetaling van de geldlening aan de hypotheekhouder. Een verschil tussen de executieopbrengst en het uitgeleende bedrag wordt onder voorwaarden door de stichting uitgekeerd aan de hypotheekhouder. Omdat het Rijk en de gemeenten als achtervang voor de stichting fungeren, is het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst uiteindelijk ook van maatschappelijk belang.

Op maatschappelijk niveau speelt ook een ander belang mee dat de individuele executoriale verkoop overstijgt: dat van kredietverstrekking voor de aankoop van onroerende zaken, in het bijzonder woningen. Het bevorderen van het eigenwoningbezit is sinds de Tweede Wereldoorlog steeds een belangrijk onderdeel van het overheidsbeleid geweest. Uit het laatste Woononderzoek Nederland van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu en het Centraal Bureau voor de Statistiek blijkt dit beleid is geslaagd. Van de ruim zeven miljoen zelfstandige woningen bestaat bijna drie miljoen uit huurwoningen en ruim vier miljoen uit koopwoningen. In een percentage uitgedrukt bestaat 59% van de woningen uit koopwoningen.⁴ Uit hetzelfde onderzoek komt naar voren dat financiering onder hypothecaire zekerheid hierbij onmisbaar is; 87% van de koopwoningen is gefinancierd met een geldlening in ruil waarvoor hypotheek is gegeven.⁵

Voor het streven van de overheid naar eigenwoningbezit is derhalve de behoefte aan financiering van woningen door middel van een geldlening tegen hypothecaire zekerheid van belang. Op wetgevingsniveau komt dit onder meer tot uitdrukking in de wijze waarop het verhaalsrecht van de hypotheekhouder is vormgegeven. De behoefte aan hypothecaire financiering enerzijds, zal immers gepaard moeten gaan met de wil krediet te verschaffen onder hypothecaire zekerheid anderzijds. Als kredietverstrekkers onvoldoende zekerheid hebben dat zij het uitgeleende geld in geval van wanbetaling kunnen verhalen, zal hun bereidheid geld uit te lenen onder hypothecaire zekerheid afnemen. De wettelijke verhaalsprocedure draagt hieraan bij, door een efficiënte en effectieve

⁴ Het wonen overwogen 2009, p. 15.

⁵ Het wonen overwogen 2009 p. 55.

procedure die leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst in het vooruitzicht te stellen.⁶

In het bovenstaande bleef nog onderbelicht dat uit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming de wettelijke regeling ook bepaalde waarborgen dient te bevatten voor de betrokkenen. Weliswaar staat het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst voorop, maar vanwege de verstrekende gevolgen van de executoriale verkoop zijn ook enkele waarborgen nodig. Een eerste waarborg is een heldere wettelijke regeling ten aanzien van de rechten die als gevolg van de executoriale verkoop vervallen. Ten tweede dient de wettelijke regeling de wijze van informatievoorziening aan de betrokkenen – in het bijzonder die van wie het recht verloren gaat – over de voorgenomen executoriale verkoop en tijdens de executoriale verkoopprocedure te bevatten. Als derde waarborg dient uit de wet te blijken in hoeverre en op welke wijze de betrokkenen voor hun belangen kunnen opkomen.

In dit onderzoek staat centraal of de wettelijke regeling de juiste randvoorwaarden schept voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Daarbij zal ook worden beschouwd of de hierboven vermelde waarborgen op adequate wijze in de wettelijke regeling zijn neergelegd.

1.2 Achtergrond van het onderzoek

De huidige wettelijke regeling van de executoriale verkoop van onroerende zaken is ruim twintig jaar geleden ingevoerd. Diverse ontwikkelingen doen de vraag opkomen of deze regeling nog voldoet aan de hiervoor geschetste aspecten van een optimale executoriale verkoopprocedure die leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

Het startpunt is een artikel in *de Volkskrant* van 14 februari 2004 over prijsafspraken en intimidatie bij de openbare executoriale verkoop.⁷ De inhoud van het artikel is verontrustend. Volgens de auteurs vinden in vrijwel heel Nederland bij de executieveiling van woningen prijsafspraken plaats tussen handelaren, ‘met medeweten van notarissen die de veiling organiseren’. In de jaren na dit artikel worden nog vele mediaberichten gewijd aan de prijsafspraken, bedreiging en intimidatie en de lage opbrengsten bij de executoriale verkoop.⁸ Dat de misstanden die in deze berichten gesignaleerd

⁶ Vgl. Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 8, die stellen dat ‘een zekerheidsrecht geen zekerheid geeft als niet vaststaat dat het snel en eenvoudig te gelde kan worden gemaakt’.

⁷ M. Haighton & M. Rengers, ‘Prijsafspraken bij huizenveilingen’, *de Volkskrant* 14 februari 2004.

⁸ Zie voor een niet uitputtend overzicht onderdeel 3.1.

worden niet uit de lucht gegrepen zijn, wordt onder meer duidelijk uit een in opdracht van het Ministerie van Justitie verricht onderzoek van Ferwerda e.a. naar ‘malafide activiteiten in de vastgoedsector’ uit 2007, waarbij ook de executieveiling aan de orde komt.⁹

Deze signalen vormen voor zowel politiek als praktijk aanleiding voor actie. Op politiek niveau vragen Kamerleden door middel van diverse Kamervragen en -debatten aandacht voor de problematiek bij de executoriale verkoop en roepen op maatregelen te treffen.¹⁰ Belangenorganisaties in de executoriale verkooppraktijk voeren in de tussentijd een aantal veranderingen door, zoals de bundeling van openbare veilingen (‘regionalisering’). Daarnaast doet de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) onderzoek naar kartelvorming bij de openbare executoriale verkoop en concludeert in 2009 dat sprake was van kartelvorming ‘tussen juni 2000 en november 2009 op executieveilingen door heel Nederland van ruim 2000 woningen’.¹¹ Aan een aantal handelaren legt de NMa boetes op.

Deze publicaties maken ook duidelijk dat een deel van de problematiek schuilt in de wettelijke executoriale verkoopprocedure. Het is dan ook tijd voor een grondige analyse van deze procedure. Dit blijkt ook uit de aankondiging door de minister van Justitie van een wetsvoorstel om de executoriale verkoopprocedure op punten anders in te richten.¹² Op 22 november 2012 is hiertoe een wetsvoorstel voorgelegd aan de Tweede Kamer, getiteld ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken’.¹³ In het onderhavige onderzoek komen dit wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting – waar nuttig en nodig – bij de beschouwingen aan de orde.¹⁴

Naast de signalen over misstanden bij de executoriale verkoop vormt het moderniseren en toekomstbestendig maken van de wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure een belangrijke reden voor dit onderzoek. Als gezegd stamt de huidige regeling uit 1992, een tijd waarin bijvoorbeeld de ontwikkeling van moderne communicatiemiddelen als internet nog in de kinderschoenen stond. Met de mogelijkheid van toepassing van deze

⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 117-126 en 164.

¹⁰ Een overzicht staat in hoofdstuk 3, met name onderdeel 3.3.2.

¹¹ ‘Woningbezitters bij huizenveiling jarenlang gedupeerd door kartel’, Nieuwsbericht NMa 15 december 2011, www.nma.nl.

¹² *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 749 (Kamervragen Van der Ham aan de ministers voor Wonen, Wijken en Integratie en van Justitie).

¹³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 2 (voorstel van wet).

¹⁴ Zie voor de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3.

communicatiemiddelen heeft de wetgever destijds dan ook geen rekening gehouden. Tegenwoordig blijkt bijvoorbeeld internet een bruikbaar hulpmiddel voor de executoriale verkoop, omdat op een snelle en weinig kostbare wijze een groot publiek kan worden bereikt. Deze en andere ontwikkelingen maken een onderzoek naar de inpassing van nieuwe technologieën in de executoriale verkoopprocedure nuttig.

Ook de stijging van het aantal openbare executoriale verkopen in de afgelopen jaren vormt een reden voor dit onderzoek. Uit cijfers van het Kadaster wordt duidelijk dat in 2002 nog 695 openbare veilingen per jaar plaatsvonden, in 2011 is dat aantal opgelopen tot 2.811.¹⁵ In 2012 zijn 2.488 woningen geveild. Hoewel dit aantal op het totaal aantal (vrijwillige) woningverkopen bescheiden genoemd mag worden,¹⁶ maakt ook de stijging van het aantal openbare veilingen onderzoek naar het functioneren van de executoriale verkoop relevant.

1.3 Nadere afbakening van het onderwerp

De publicaties waaraan hiervoor is gerefereerd, richten zich met name op de openbare executoriale verkoop van woningen door de hypotheekhouder. Hier lijkt de problematiek zich dan ook te concentreren. Nu deze publicaties een van de aanleidingen vormen voor dit onderzoek, richten de analyses in dit onderzoek zich in eerste instantie op de executoriale verkoopprocedure met betrekking tot onroerende zaken, in het bijzonder *woningen*. Onder woningen wordt in dit verband verstaan: onroerende zaken, bestemd voor bewoning door natuurlijke personen.¹⁷

Om dezelfde reden is in dit onderzoek gekozen voor de executoriale verkoop van woningen door de *hypotheekhouder* het uitgangspunt. De gesignaleerde knelpunten worden beschouwd met het oog op de financierbaarheid van eigenwoningbezit. Het belang van een goed functionerend systeem voor de financierbaarheid van woningen is hiervoor reeds besproken.

¹⁵ Het cijfer over 2002 komt uit de brief van de minister van Justitie van 15 juni 2005, die hier verwijst naar het Kadaster. Zie: *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nr. 4, p. 3. De cijfers over 2011 en 2012 zijn verkregen via www.kadaster.nl. Zie voor een volledig overzicht tabel 3.1.

¹⁶ In de jaren 2005-2008 is het aantal openbare executieveilingen ten opzichte van het totaal aantal verkopen zo'n 0,9%, in de jaren 2009 en 2010 zo'n 1,7%, in het jaar 2011 2,3% en in de eerste helft van 2012 2,2%. (Becijferd op basis van gegevens op www.kadaster.nl.)

¹⁷ Hieronder worden ook begrepen de beperkte rechten op onroerende zaken, de beperkte rechten op de beperkte rechten en de beperkte rechten op appartementsrechten. Heyman & Bartels gebruiken hiervoor ook wel de term 'vastgoed' (Heyman & Bartels 2012, p. 16-17).

Deze nadere afbakening is bedoeld om de focus van het onderzoek weer te geven. Veel van de analyses zijn echter ook bruikbaar voor de executoriale verkoopprocedure van andere registergoederen dan wel de executoriale verkoop door de beslaglegger. Sterker nog, de analyses richten zich in de eerste plaats op de wijze waarop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst kan worden behaald. Voor de executoriale verkoop van bijvoorbeeld bedrijfspanden en de executoriale verkoop door de beslaglegger is het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst evenzeer van belang. Bij het analoog toepassen van de analyses op andere vormen van executoriale verkoop zal echter de focus van dit onderzoek in het achterhoofd moeten worden gehouden.

Omwille van de eenvoud en consistentie is in dit onderzoek gekozen voor het gebruik van de termen *hypotheekhouder* en *hypotheekgever*, hetgeen aansluit op de terminologie in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit onderzoek ziet in principe op de situatie waarin een hypotheekrecht is gegeven aan een professionele financier door de eigenaar van de woning die tevens schuldenaar is. De achtergrond hiervan is eveneens dat de aandacht voor en de problematiek bij de executoriale verkoop zich in eerste instantie hier concentreert. De situaties van particuliere hypotheekhouders en derdenhypotheek, waarbij de schuldenaar en hypotheekgever niet dezelfde persoon zijn,¹⁸ blijven dan ook buiten beschouwing, tenzij anders vermeld.

1.4 Doel van het onderzoek en onderzoeksvragen

Het onderzoek vindt plaats in het licht van de hiervoor beschreven ontwikkelingen die nopen tot een grondige bestudering van de gehele regeling van de executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken door de hypotheekhouder. Centraal staat de vraag op welke wijze bij de executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden. De nadruk ligt op een analyse van de huidige wettelijke regeling en de gesignaleerde knelpunten bij de uitvoering daarvan. Het onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan zowel de juridische theorievorming betreffende de executoriale verkoopprocedure alsmede concrete oplossingen te bieden voor knelpunten in de huidige regeling.

De beantwoording van de centrale onderzoeksvraag geschiedt aan de hand van de volgende onderzoeksvragen:

1. Hoe is de huidige wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure door de hypotheekhouder tot stand gekomen en welke knelpunten zijn gesignaleerd ten aanzien van de huidige regeling?

¹⁸ Zie hierover o.m. Gräler 1996.

2. Welke uitgangspunten kunnen worden geformuleerd voor de executoriale verkoopprocedure, ten behoeve van het zoeken naar oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten?
3. In hoeverre kan door aanpassingen in de regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure een oplossing worden geboden voor de gesignaleerde knelpunten?
4. In hoeverre kan uit de regelgeving van de executoriale verkoopprocedure in andere EU-lidstaten inspiratie worden gehaald voor de gesignaleerde knelpunten in de Nederlandse regeling?

De beantwoording van de eerste onderzoeksvraag biedt inzicht in de ontwikkeling van het verhaalsrecht van de hypotheekhouder en de redenen voor de wetswijzigingen met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure. Daarmee is deze bespreking van belang voor een goed begrip van de hedendaagse wettelijke regeling. De analyse van de ontwikkelingen *na* de invoering van deze regeling maakt duidelijk welke knelpunten de huidige wettelijke regeling kent. Deze knelpunten vormen vervolgens de aanknopingspunten van het onderzoek.

Voor een analyse van de oplossingen voor deze knelpunten is van belang welke uitgangspunten aan de executoriale verkoop ten grondslag liggen. Hiertoe wordt met de tweede onderzoeksvraag het hoofddoel van de executoriale verkoop nader uitgediept.

Vervolgens worden de geformuleerde uitgangspunten bij de analyse van de executoriale verkoopprocedure toegepast. Deze analyse vindt plaats op microniveau (het niveau van de uitvoering van de procedure) en macroniveau (het niveau van regulering van de procedure). Bij het formuleren van oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten zal de nadruk liggen op ingrijpen op macroniveau, ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de procedure op microniveau.

Het rechtsvergelijkende onderzoek is uitgevoerd om te bezien in hoeverre buitenlandse rechtssystemen oplossingen bieden voor het behalen van hogere nettoresultaten bij de Nederlandse executoriale verkoopprocedure. In het rechtsvergelijkende onderzoek zijn de volgende landen meegenomen: België, Bulgarije, Duitsland, Hongarije, Italië, Roemenië en Spanje.

1.5 Methodologische verantwoording

In dit onderzoek wordt voor het eerst de wettelijke procedure van executoriale verkoop in haar geheel beschouwd. Hoewel in diverse niet-juridische onderzoeken is aangetoond dat er knelpunten zijn in de huidige executoriale verkoopprocedure en ook in de juridische (vak)literatuur verschillende facetten van en oplossingen voor deze knelpunten zijn besproken, ontbreekt een

overkoepelend onderzoek dat de gehele wettelijke procedure systematisch beschouwt. Dit onderzoek is daarom in de eerste plaats een verkennend onderzoek dat beoogt bij te dragen aan de theorievorming over en verbetering van de executoriale verkoopprocedure. De reeds verschenen publicaties en de daarin vermelde knelpunten dienen daarbij als vertrekpunt.

De analyse in dit onderzoek is voornamelijk gedaan door middel van literatuur, parlementaire geschiedenis en jurisprudentie. Ten aanzien van de methoden voor deze analyse worden nog de volgende opmerkingen gemaakt.

Ten eerste een opmerking over de analyse van het huurbeding (art. 3:264 BW), beheerbeding en beding van onder zich nemen (art. 3:267 BW) in hoofdstuk 6. Bij deze analyse is gebruik gemaakt van niet gepubliceerde jurisprudentie. Het onderzoek naar deze jurisprudentie is uitgevoerd voor uitspraken uit de periode april 2008 tot en met oktober 2010, ten behoeve van een in 2011 verschenen artikel.¹⁹ Dit artikel is – met een aantal tekstuele aanpassingen – in dit boek opgenomen. Nadien gepubliceerde uitspraken zijn derhalve niet meegenomen, de wel gepubliceerde uitspraken zijn zo veel mogelijk wel meegenomen. Voor het opnemen van een overzicht van de niet gepubliceerde uitspraken is gekozen, omdat de gepubliceerde uitspraken op de te bespreken punten gering zijn. Uit de niet gepubliceerde uitspraken kan informatie worden gehaald, die bijdraagt aan de bespreking van de bedingen en de behandeling daarvan in de praktijk. Deze uitspraken zijn daarom nuttig ter illustratie of ondersteuning van het betoog. Naar deze uitspraken wordt verwezen door vermelding van instantie en zaaknummer.

Ten tweede, onderzoek naar de executoriale verkoop is onlosmakelijk verbonden met de vraag naar uitvoerbaarheid van de wetgeving in de praktijk. Het onderzoek heeft daarom een grote praktische component. Om meer inzicht te krijgen in deze praktijk en de hoedanigheid waarin de knelpunten zich manifesteren heb ik daarom gesproken met diverse *stake holders* (notarissen, ‘hypothecair financiers’ en belangenorganisaties) en heb ik diverse executieveilingen bezocht. Bij de interviews met notarissen is gezorgd voor regionale spreiding. De interviews en veilingbezoeken vormden het startpunt van dit onderzoek. Om deze reden zijn zij gebruikt als achtergrondinformatie. Vanwege de praktische kant van dit onderzoek zijn ook meer praktische bronnen geraadpleegd, zoals door de jaren heen opgestelde algemene veilingvoorwaarden en de toelichting daarop, richtlijnen van de rechtspraak voor de behandeling van verzoekschriften in het kader van de executoriale verkoop,

¹⁹ I. Visser, ‘Over beheren en onder zich nemen. De bedingen van art. 3:267 BW nader uitgewerkt’, *WPNR* (6882) 2011, p. 311-319.

landelijke dagbladen verschenen vanaf 2004 en vakbladen en websites die aan het onderhavige onderwerp artikelen hebben gewijd.

Bij de bespreking van het begrip ‘een zo hoog mogelijke opbrengst’ en van het belang van informatievoorziening wordt gebruik gemaakt van economische literatuur. De reden hiervoor is dat de juridische literatuur voor deze beschouwing onvoldoende aanknopingspunten biedt. In hoofdstuk 4 wordt daarom een aantal voor de nadere invulling van het begrip bruikbare economische publicaties besproken. Daarmee wordt niet beoogd een uitputtend overzicht te geven van de economische literatuur en discussies op dit punt; het uitgangspunt is slechts om de bestaande theorieën op hoofdlijnen samen te vatten en hieruit enige lessen te trekken voor de inrichting van de executoriale verkoopprocedure, alsmede om vast te stellen op welke punten nader economisch onderzoek naar de huidige wijzen van executoriale verkoop gewenst is.

Voor het rechtsvergelijkende onderzoek is gebruikgemaakt van questionnaires, die zijn verzonden via de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en de *Conseil des Notariats de l'Union Européenne* (CNUE). Voor questionnaires is gekozen, omdat daarmee zowel een beeld ontstaat van de wettelijke regeling, als van de uitwerking daarvan in de praktijk. Op deze wijze kan inzicht worden verkregen in de effectiviteit en werkbaarheid van de wetgeving. De questionnaires zijn verzonden naar alle bij de CNUE aangesloten landen. De keuze is gevallen op onderzoek onder EU-lidstaten, omdat de rechtssystemen in belangrijke mate overeenkomen met het Nederlandse systeem. De eventuele oplossingen die met het rechtsvergelijkende onderzoek gevonden worden, zijn daarom naar verwachting beter in te passen in ons rechtssysteem dan de oplossingen die andere rechtssystemen kunnen bieden. Bovendien zijn reeds eerder verkennende onderzoeken verricht naar aspecten van de executoriale verkoopprocedure in deze landen, die als uitgangspunt in het onderhavige onderzoek konden worden gebruikt.

Ten slotte ben ik gedurende een deel van de onderzoeksperiode (vanaf augustus 2008) werkzaam geweest bij Netwerk Notarissen. Het onderzoek is voor een deel door hen gefinancierd. Dit landelijke samenwerkingsverband van notarissen heeft veel ontwikkelingen op veilinggebied geïnitieerd. Om deze reden en vanwege de al eerder vermelde praktische component van het onderzoek heb ik contact met hen opgenomen voor de mogelijkheden om gedurende het onderzoek bij hen werkzaamheden te verrichten. De afgelopen jaren heb ik bij Netwerk Notarissen voornamelijk op veilinggebied mogen werken. In deze hoedanigheid ben ik betrokken geweest bij het ontwikkelen van een inhoudelijk

kwaliteitsysteem voor de veilingpraktijk en heb ik meegedacht over nieuwe ontwikkelingen op veilinggebied. Ten aanzien van dit laatste ben ik in betrokken geweest bij het opzetten van een internetbiedsysteem dat onder de huidige wettelijke regeling reeds kan worden uitgevoerd. Hiertoe heb ik de juridische aspecten van het internetbieden geanalyseerd. Door mijn werkzaamheden heb ik ook de mogelijkheid gehad verschillende knelpunten bij de uitvoering van de wettelijke regeling in de praktijk te signaleren en te bespreken met praktijkdeskundigen. Hiermee is een waardevolle bijdrage geleverd aan onderhavig onderzoek. Bij het uitvoeren van mijn werkzaamheden als promovendus is de Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening²⁰ steeds in acht genomen en heb ik in alle onafhankelijkheid onderzoek kunnen doen.

Dit onderzoek is afgerond op 1 september 2012. Het nadien verschenen wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 2 en de bijbehorende memorie van toelichting zijn nog meegenomen in dit onderzoek. Met nadien verschenen literatuur en jurisprudentie is slechts incidenteel rekening gehouden.

1.6 Plan van behandeling

Na dit inleidende hoofdstuk schetst het tweede hoofdstuk een globaal beeld van de totstandkoming van de huidige wettelijke regeling. Vervolgens worden de ontwikkelingen die zich na de invoering van deze regeling hebben voorgedaan besproken (hoofdstuk 3). Daarin komen de diverse onderzoeken naar de knelpunten bij de executoriale verkoop aan de orde, alsmede de wijze waarop de politiek en praktijk hierop hebben gereageerd. Deze hoofdstukken vormen de basis bij de verdere analyses.

Hoofdstuk 4 dient als ‘brughoofdstuk’. Na het signaleren van de knelpunten in hoofdstuk 3 worden in het vierde hoofdstuk de uitgangspunten voor de executoriale verkoopprocedure geformuleerd en uitgewerkt. Aan de hand van deze uitgangspunten komt in hoofdstuk 5 de executoriale verkoopprocedure op microniveau aan de orde. Daarbij komt de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure door de notaris en de hypotheekhouder aan bod, alsmede de toepassing van de uitgangspunten op vraagstukken over de gevolgen van niet-, niet juiste of niet volledige nakoming van de voorschriften voor de executoriale verkoopprocedure. Hoofdstuk 6 bevat, eveneens aan de hand van de uitgangspunten, de analyse van de executoriale verkoopprocedure op macroniveau. Deze bespreking omvat zowel de huidige regelgeving als de wenselijke wijzigingen daarin. Het zevende hoofdstuk bevat de uitkomsten van het rechtsvergelijkende onderzoek. In het afsluitende hoofdstuk 8 staan de belangrijkste conclusies en aanbevelingen.

²⁰ Te raadplegen via www.vsnu.nl.

2. Geschiedenis van het hypotheek- en verhaalsrecht

2.1 Inleiding

De wettelijke regeling van verhaal door de hypotheekhouder heeft door de jaren heen een aantal belangrijke ontwikkelingen doorgemaakt. Dit hoofdstuk beschrijft deze ontwikkelingen chronologisch. Aan de hand van parlementaire geschiedenis en literatuur komen de verschillende wijzigingen in het hypotheekrecht in vogelvlucht aan de orde, vanaf het ontstaan van het hypotheekrecht tot en met de (voorlopig) laatste wetswijziging en het wetsvoorstel Executieveilingen. Bij deze bespreking ligt de nadruk op de ontwikkelingen die voor het hedendaagse verhaalsrecht van de hypotheekhouder van belang zijn. Om deze reden wordt bij enkele voor dit onderwerp ondergeschikte aspecten van het hypotheekrecht slechts kort stilgestaan. Bovendien blijft een analyse van de ontwikkelingen grotendeels achterwege. Hiervoor wordt verwezen naar het zesde hoofdstuk.

2.2 Het oud-Hollandse hypotheekrecht

Het vertrekpunt in dit hoofdstuk is het oud-Hollandse hypotheekrecht, het recht dat hier te lande gold vanaf de middeleeuwen tot de Bataafse Revolutie van 1795.²¹ Het oud-Hollandse hypotheekrecht was door zowel het Romeinse als het Germaanse recht beïnvloed;²² twee rechtssystemen die, in ieder geval wat het hypotheekrecht betreft, sterk verschilden. Bij deze bespreking komt daarom tevens aan de orde in hoeverre sprake was van een Germaanse dan wel een Romeinse invloed.²³

Bij de bespreking van het oud-Hollandse hypotheekrecht verdienen nog twee aspecten aandacht. Ten eerste, dit recht kenmerkt zich door rechtsverscheidenheid in de gebieden van het tegenwoordige Nederland. Nu echter, in de woorden van De Blécourt/Fischer, ‘bij alle locale verschillen, ten slotte *toch meer gelijk*

²¹ Door De Blécourt/Fischer 1969 aangeduid als oud-vaderlands recht. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen oud-vaderlands recht in ‘ruimen zin’ en in ‘engen zin’: ‘Oudvaderlands recht *in ruimen zin* is de samenvattende naam voor het recht, dat in de verschillende streken van ons vaderland heeft gegolden vóór de vele gewichtige wijzigingen, die in de jaren na de zg. Bataafse Revolutie van 1795 (navolging van de Franse Revolutie van 1789) zijn aangebracht in het recht hier te lande. Oud-vaderlands recht *in engen zin* is de samenvattende naam van die gedeelten van het oud-vaderlandse recht in ruimen zin, welke van inheemsen oorsprong zijn, althans niet bewijsbaar van Romeins of ander vreemd origine.’ (De Blécourt/Fischer 1969, p. 3. *Cursivering in oorspronkelijke tekst.*)

²² Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 20.

²³ Voor een uitgebreide bespreking van het Romeinse hypotheekrecht wordt verwezen naar o.m. Lokin 2008 en Zwalve I 2006. Zie voor het Germaanse hypotheekrecht o.m. Herman 1914.

dan eigen in het recht der verschillende landschappen' was,²⁴ wordt hieronder toch gesproken over het oud-Hollandse recht als het recht dat destijds van kracht was in de gebieden die tegenwoordig gezamenlijk als Nederland worden aangeduid.

Ten tweede is de invulling van de term *hypotheekrecht* van belang. Heden ten dage is pandrecht de benaming voor zekerheidsrechten op niet-registergoederen en hypotheekrecht de benaming voor zekerheidsrechten op registergoederen, zie art. 3:227 BW. In het Romeinse recht werd een dergelijk onderscheid veelal niet gemaakt. De begrippen pand en hypotheek werden door elkaar gebruikt, zo merkt bijvoorbeeld Marcianus op:

'Alleen de klank van het woord verschilt tussen "pand" en "hypotheek".'²⁵

Desondanks maken diverse schrijvers duidelijk dat er wel degelijk verschil bestond. Dat verschil lag echter niet zozeer in de aard van het goed waarop het zekerheidsrecht rustte (zoals tegenwoordig het geval is), maar in het al dan niet overgaan van bezit op de schuldeiser. *Pand* was dan de benaming voor zekerheid, waarbij de zaak bezit werd van de schuldeiser; *hypotheek* werd gebruikt voor bezitloos pandrecht.²⁶ In het oud-Hollandse recht werd, aldus Van Velten, pand echter 'hoe langer hoe meer' gebruikt voor roerende zaken en hypotheek voor onroerende zaken.²⁷

2.2.1 *Het hypotheekrecht*

Het karakter van het zekerheidsrecht, zoals dat onder het oud-Hollandse recht bestond, verschilde aanvankelijk sterk van het huidige hypotheekrecht. Fockema Andreae maakt, daarbij gebruikmakend van voorbeeldakten, duidelijk dat de eerste vorm van zekerheidsrecht op onroerende zaken ontstond in de elfde eeuw.²⁸ Bij deze vorm van zekerheidstelling werd de eigendom van de verbonden zaak overgedragen aan de schuldeiser en 'aan den schuldenaar een recht [...] gegeven van lossing, wederinkoop tegen betaling van het oorspronkelijk verschuldigde.'

²⁴ De Blécourt/Fischer 1969, p. 6. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

²⁵ Marcianus in Digesten 20,1,5,1: '*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*' (Vertaling: Zwolve 2006, p. 473). Zie ook Molenaar 1999, p. 4. Zwolve I 2006, p. 472-473 stelt dan ook dat '[b]eide zakelijke zekerheidsrechten [...] dezelfde rechtsgevolgen [hadden], zodat niet veel gewicht werd gehecht aan de verschillen in benaming'.

²⁶ Zie o.m. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 19; Lokin 2008, p. 186-190. Zie ook Van Oven 1948, p. 167-168.

²⁷ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 243. Evenzo De Blécourt/Fischer 1969, p. 251-252.

²⁸ Fockema Andreae II 1906, p. 105-107.

In (in ieder geval) de veertiende eeuw ging het bezit niet meer over op de schuldeiser, zo stelt Fockema Andreae.²⁹ Het zekerheidsrecht leek hierdoor al meer op het huidige hypotheekrecht, nu het bezit van het goed gedurende de looptijd van de lening bij de schuldenaar bleef.³⁰ Overigens merkt De Blécourt/Fischer op dat uit de middeleeuwse akten niet altijd duidelijk is op te maken of sprake is van bezitspand of bezitloos pand,³¹ zodat met deze conclusie enige terughoudendheid moet worden betracht.

Het hypotheekrecht bevatte onder het oud-Hollandse hypotheekrecht een tweetal kenmerken dat daaraan ook heden ten dage nog verbonden is. Ten eerste was aan het recht van hypotheek een voorrangrecht (*droit de préférence*) verbonden, waardoor de hypotheekhouder bij executoriale verkoop voorrang had op andere (concurrente) schuldeisers bij de verdeling van de opbrengst.³² Ook het zaaksgevolg (*droit de suite*) was destijds al aan de (speciale) hypotheek verbonden.³³ De hypotheekhouder kon hierdoor zijn rechten ook doen gelden tegenover derden die het goed na de vestiging van het hypotheekrecht in handen kregen. Beide aspecten maakten het hypotheekrecht onder het oud-Hollands recht reeds tot een sterk recht, waarover meer in onderdeel 2.2.3.

2.2.2 De wijze van vestiging

De wijze van vestiging van het hypotheekrecht onder oud-Hollands recht week af van de huidige wijze van vestiging. Niet de notaris (zie het huidige art. 3:260 BW), maar de *rechter* werd daarvoor ingeschakeld. Dit gebruik kwam vanaf de elfde eeuw voor.³⁴ In een deel van Nederland werd in de zestiende eeuw de gerechtelijke overdracht voorgeschreven in de land- en stadsrechten.³⁵ Rond die tijd ontstond ook een registratie- en publicatiesysteem.³⁶

In het Romeinse recht ontbrak een dergelijk systeem van registratie en publicatie van eigendom en beperkte rechten.³⁷ Juist door publicatie blijkt van het bestaan van het hypotheekrecht naar buiten toe en is het aan derden tegen te werpen. Het

²⁹ Fockema Andreae II 1906, p. 107-108.

³⁰ Deze ontwikkeling deed zich in eerdere tijden overigens ook in het Germaanse hypotheekrecht voor, zie Herman 1914, p. 11 e.v.

³¹ De Blécourt/Fischer 1969, p. 249-251. Voorts vermelden zij dat het hypotheekrecht in de middeleeuwen nog vrij zeldzaam was, nu destijds sprake was van een renteverbod. Grondrente vervulde destijds de rol van het hypotheekrecht, namelijk die van geldbelegging.

³² De Blécourt/Fischer 1969, p. 257.

³³ De Blécourt/Fischer 1969, p. 252-253; Herman 1914, p. 95-98; Fockema Andreae II 1906, p. 109.

³⁴ Konings 1990, p. 14.

³⁵ Hierover ook: De Blécourt/Fischer 1969, p. 256; Herman 1914, p. 59-67.

³⁶ Konings 1990, p. 12-14; De Blécourt/Fischer 1969, p. 256; Van Nierop 1937, p. 5-6; Herman 1914, p. 69-79.

³⁷ De Blécourt/Fischer 1969, p. 256; Van Oven 1948, p. 176-177.

ontbreken van een goed publiciteitssysteem maakt het Romeinse hypotheekrecht dan ook tot een in de literatuur veel bekritiseerd systeem. Zo bestempelt De Blécourt/Fischer het Romeinsrechtelijke systeem van zekerheidsrechten als ‘tamelijk gebrekkig’.³⁸

De registratie en daarmee kenbaarheid van het hypotheekrecht voor derden zijn ook voor de kracht van het verhaalsrecht van belang. Zoals in onderdeel 6.2.2.2 nader zal worden uitgewerkt, vormt de kenbaarheid naar buiten toe een belangrijke rechtvaardiging voor de sterke bevoegdheden van de hypotheekhouder bij verhaal van zijn vordering. Zie in deze zin bijvoorbeeld ook Van Nierop:

‘Het oud-Germaansche recht begreep dat openbaarheid een der grondbeginselen moest zijn voor de veiligheid van den schuldeischer en zeer tot geluk van den hedendaagschen hypothecairen schuldeischer loopt het Hollandsche hypotheekrecht in hoofdzaak met het Germaansche recht parallel.’³⁹

Hoewel het publicatiesysteem een sterke verbetering vormde ten opzichte van het Romeinse recht, is voor de betekenis ervan ook de sanctie op het nalaten van publicatie van belang. Herman stelt dat niet-naleving ervan niet steeds nietigheid meebracht.⁴⁰ Derden hadden bij niet-naleving onder omstandigheden een schadevergoedingsvordering, maar tussen hypotheekgever en -houder was de hypotheek wel degelijk geldig. Daarnaast kende het oud-Hollandse recht een negatief registerstelsel, waardoor geen zekerheid gegeven kon worden dat de in de registers genoemde eigenaar ook daadwerkelijk de (enige) rechthebbende was.⁴¹

Opmerking verdient nog dat het oud-Hollandse recht de eveneens veel bekritiseerde Romeinsrechtelijke generale (of algemene) en wettelijke hypothe-

³⁸ De Blécourt/Fischer 1969, p. 246. Zie ook Van Oven 1948, p. 182, die het stelsel van zakelijke zekerheidsrechten als ‘uiterst gebrekkig’ aanduidt. Zie voorts Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 19 en 243; Lokin 2008, p. 129-130; Zwolve I 2006, p. 473-475; Van Nierop 1937, p. 3. In 472 werden door keizer Leo vormvoorschriften voor zakelijke zekerheidsrechten vastgelegd, die echter niet alle problemen oplosten, zie Zwolve I 2006, p. 475. Ook het bestaan van algemene en wettelijke hypotheeken heeft overigens bijgedragen aan de kritiek op het Romeinse hypotheekrecht: Zwolve 2006, p. 480-483 (die het Romeinse systeem van conventionele en wettelijke hypotheeken een ‘enorme puinhoop’ noemt); De Blécourt/Fischer 1969, p. 252; Van Oven 1948, p. 182.

³⁹ Van Nierop 1937, p. 2.

⁴⁰ Herman 1914, p. 74-79. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 244; Konings 1990, p. 15.

⁴¹ Konings 1990, p. 15. Zie ook: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 57.

ken kende.⁴² Daardoor kwamen niet alleen hypotheeken voor die op één bepaald goed gevestigd waren, maar bestonden tevens hypotheeken die op *alle* goederen van de schuldenaar waren gevestigd. Herman stelt dat deze generale hypotheeken bijgevolg ‘de publiciteit vrijwel tot een doode letter maken’.⁴³ Hij stelt echter direct daarna: ‘Bij nader inzien blijkt de beteekenis echter veel geringer te zijn, doordat er in de 17e en 18e eeuw slechts een zeer beperkte werking aan werd toegekend’, om later te concluderen dat de regeling van algemene hypotheeken onder het oud-Hollandse recht aantoonde ‘hoezeer het belang van publiciteit reeds toen werd begrepen’.⁴⁴ De Blécourt/Fischer is op dit punt kritischer:

‘Zowel de generale als de legale hypotheeken hebben een gezonde ontwikkeling van het pandrecht verhinderd.’⁴⁵

De mogelijkheid van een niet uit de openbare registers kenbaar hypotheekrecht, maar ook de niet-kenbare voorrechten maakten dat, in de woorden van Kleijn, ‘de zekerheid voor een normaal gevestigde hypotheek maar zeer betrekkelijk’ was.⁴⁶ Hoewel het hypotheekrecht, zoals in onderdeel 2.2.1 bleek, onder het oud-Hollandse recht reeds kenmerken had van een sterk zekerheidsrecht deed het bestaan van wettelijke en algemene hypotheeken hieraan zeker afbreuk. De werking van de algemene hypotheek was evenwel – in ieder geval na het jaar 1580 – minder sterk dan de werking van de speciale, op een bepaald goed verleende hypotheek.⁴⁷ De algemene hypotheek had bijvoorbeeld geen zaaksgevolg en ook het *prior tempore*-beginsel gold niet voor dit recht.⁴⁸ Hierdoor had een posterieure speciale hypotheek voorrang boven een anterieure algemene hypotheek.⁴⁹ De *wettelijke* hypotheek had overigens *wel* zaaksgevolg.⁵⁰ De eveneens uit het Romeinse recht stammende gerechtelijke hypotheeken zijn in ons land overigens niet ingevoerd.⁵¹

⁴² De Blécourt/Fischer 1969, p. 252-255; Herman 1914, p. 79-88; Fockema Andreae II 1906, p. 108-110.

⁴³ Herman 1914, p. 79.

⁴⁴ Herman 1914, p. 82.

⁴⁵ De Blécourt/Fischer 1969, p. 252.

⁴⁶ Kleijn 1981, p. 73.

⁴⁷ Herman 1914, p. 79-83.

⁴⁸ *Prior tempore potior iure* (de oudere in tijd is sterker in recht). Zie o.m. Lokin 2008, p. 196-197.

⁴⁹ De Blécourt/Fischer 1969, p. 253. Zie ook: Van Nierop 1937, p. 4-5; Herman 1914, p. 80-83; Fockema Andreae II 1906, p. 109-110. Anders was dit in Amsterdam, zie Herman 1914, p. 82.

⁵⁰ Herman 1914, p. 95.

⁵¹ Herman 1914, p. 88-91.

2.2.3 De executoriale verkoop

Bij bestudering van de ontwikkelingen in het verhaalsrecht van de hypotheekhouder onder het oud-Hollandse recht valt op dat deze sterke gelijkenissen vertonen met de ontwikkelingen onder het Romeinse recht.

Zo was het onder het oud-Hollandse recht bestaande toe-eigeningsverbod afkomstig uit het Romeinse recht, waar keizer Constantijn de Grote het vervalbeding (*lex commissoria*) verbood.⁵² In plaats van verval van het goed aan de schuldeiser werd het onder het Romeinse recht gebruikelijk dat de schuldeiser en schuldenaar een verkoopbeding (*pactum de vendendo pignore*) overeenkwamen, op grond waarvan de schuldeiser het recht had de zaak te verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen.⁵³ Van Oven maakt duidelijk dat onder het Romeinse recht weliswaar niet was voorgeschreven hoe de executoriale verkoopprocedure precies verliep, maar:

‘toch was de pandhouder hierin allerm minst vrij, want vooreerst placht het *pactum de vendendo pignore* waarborgen te bevatten voor een verkoop tegen zoo hoog mogelijken prijs, en ook indien dit niet ’t geval mocht zijn, zou toch de pandhouder verplicht zijn tot openbaren verkoop aan den meest biedende, want de persoonlijke *actio pigneraticia* bedreigde hem indien hij de belangen van den verpander verwaarloosde’.⁵⁴

Ook onder het oud-Hollandse recht bestond aanvankelijk het vervalpand.⁵⁵ Op den duur werd dit vervalpand, zo blijkt bij De Blécourt/Fischer, vervangen door het verkooppand.⁵⁶ In de zeventiende eeuw werd een toe-eigeningsverbod ingevoerd.⁵⁷ Illustratief voor de gedachte over het verhaalsrecht van de hypotheekhouder destijds is hetgeen De Groot hierover schrijft:

⁵² Verhagen 2009, p. 65, 67 en 84-86; Zwolve I 2006, p. 486. Zie hierover uitgebreider onderdeel 6.4.

⁵³ Zwolve I 2006, p. 486; Van Oven 1948, p. 176; De Bruijn I 1964, p. 452-453. De Bruijn maakt duidelijk dat de Romeinen voor de bevoegdheid van de pandhouder tot verkoop een *pactum de vendendo pignore* verplicht stelden. Deze verkoopbevoegdheid werd later van rechtswege in het pandrecht begrepen en nog later kon niet worden bedongen dat de pandhouder dit recht *niet* zou bezitten. Ook onder het oud-Hollandse recht was men onzeker over het antwoord op de vraag of de pand- en hypotheekhouder gebruik konden maken van dit *pactum* om zo buiten de gerechtelijke uitwinning om te verkopen. Uiteindelijk leidde dit tot de praktijk van de volmacht. Van een mandaat was, zo stelt De Bruijn, geen sprake. Bij de totstandkoming van art. 1223 lid 2 OBW werd aangenomen dat er wel een mandaat (volmacht) was, zie Voorduin IV 1838, p. 528. Zie over de discussie omtrent de grondslag van de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot verkoop en overdracht onderdeel 6.3.1.

⁵⁴ Van Oven 1948, p. 179.

⁵⁵ De Blécourt/Fischer 1969, p. 247; Herman 1914, p. 98; Fockema Andreae II 1906, p. 107.

⁵⁶ De Blécourt/Fischer 1969, p. 247.

⁵⁷ De Blécourt/Fischer 1969, p. 260; Van Nierop 1937, p. 6-7.

“t Gevolg van onderzettinge en is niet dat den schuldeisscher het onderzette mag voor hem behouden, ofte uit eighen macht verkoopen: jae dat meer is hy en mag oock by voorwaerden niet bedinghen recht van verval van eigendom by wanbetalinge, maer moet nae verkregen vonnisse de verkooping rechtelick laten geschieden, ende alsoo 't sijne bekoomen.”⁵⁸

Na invoering van het toe-eigeningsverbod in de zeventiende eeuw was de openbare verkoop voorgeschreven. De verkoopprocedure onder het oud-Hollandse recht was, anders dan onder het Romeinse recht, *wel* voorgeschreven. Herman maakt duidelijk hoe de verkoop destijds diende te verlopen:

“De verkoop geschiedt op rechterlijk gezag door een openbaar ambtenaar: “den schuldenaar overwonnen zijnde, werd het veronderpande ofte onderstelde goed, door bevel van den Regter, door een Deurwaarder, of Gerechtsbode, naar gedane aanbiedingen, omroepen en aanplakken, aan de meest-biedende verko[g]t”.”⁵⁹

Hieruit blijkt dat de verkoop van het verhypothekeerde goed werd overgelaten aan een openbaar ambtenaar. Het betrof een gerechtelijke verkoop; eerst nadat de rechter de schuldenaar had veroordeeld tot betaling van de hoofdsom en rente en de verbonden onroerende zaak executabel was verklaard, was de hypotheekhouder bevoegd om tot executoriale verkoop over te gaan.⁶⁰ Deze verkoop eindigde met een gerechtelijke rangregeling.⁶¹ Het uitgangspunt bij de verdeling van de koopsom was de *prior tempore*-regel, maar Herman beschrijft dat dit beginsel werd doorbroken door vele soorten voorrechten die op het goed konden rusten.⁶² De uiteindelijke betaling vond plaats door de ambtenaar die de verkoop had verzorgd. Hij was persoonlijk aansprakelijk bij wanbetaling aan koperzijde.⁶³

De gerechtelijke procedure om tot executoriale verkoop te komen werd in de praktijk als te langdurig en weinig praktisch ervaren.⁶⁴ Daarom werd veelal in de (hypotheek)akte het zogenaamde *beding van willige condemnatie* opgenomen, op grond waarvan de rechterlijke procedure om tot executoriale verkoop te komen nog slechts een formaliteit was. De hypotheekgever verbond zich met dit beding namelijk om de verkoop in geval van verzuim te gedogen en deed hiermee afstand van de inachtneming van de formaliteiten.⁶⁵

⁵⁸ De Groot/Dovring, Fischer & Meijers 1965, p. 193.

⁵⁹ Herman 1914, p. 99, die hier Van Leeuwen citeert.

⁶⁰ De Blécourt/Fischer 1969, p. 260.

⁶¹ De Blécourt/Fischer 1969, p. 260-261; Herman 1914, p. 98-105.

⁶² Herman 1914, p. 102. Op p. 102-103 werkt Herman de verhouding tussen de vorderingen uit.

⁶³ Herman 1914, p. 103-104.

⁶⁴ De Blécourt/Fischer 1969, p. 260-261; Van Nierop 1937, p. 155; Fockema Andreae II 1906, p. 109.

⁶⁵ De Blécourt/Fischer 1969, p. 260-261; Fockema Andreae II 1906, p. 109.

2.3 Codificatie van het hypotheekrecht; Franse invloed⁶⁶

De jaren na de Bataafse Revolutie (1795), die het einde van het oud-Hollandse recht inluidde, stonden rechtshistorisch gezien in het teken van de codificatie. In die jaren werden in Nederland diverse pogingen ondernomen om te komen tot een codificatie van het burgerlijk recht. De eerste (bekende) poging tot codificatie van het Burgerlijk Wetboek in de Bataafse Republiek dateert van 28 september 1798 en kwam van een door de regering benoemde commissie.⁶⁷ Herman maakt duidelijk dat dit ontwerp in grote lijnen aansloot bij het oud-Hollandse recht, maar dat het zakelijke karakter van het hypotheekrecht ‘zoo duidelijk op den voorgrond wordt gesteld’.⁶⁸ Er kwam namelijk meer nadruk te liggen op de publicatie van het hypotheekrecht. De publicatie werd een vereiste dat ook voor de algemene en wettelijke hypotheeken ging gelden. Wat de executoriale verkoop betreft bleef de gerechtelijke verkoop gehandhaafd, terwijl het mogelijk was hier bij beding van willige condemnatie van af te wijken. In de jaren hierna kwamen nog diverse ontwerpen voor een Burgerlijk Wetboek tot stand. Herman stelt dat zij alle grotendeels het hierboven beschreven oud-Hollandse recht handhaafden.⁶⁹ Omdat deze ontwerpen niet tot een codificatie hebben geleid, komen zij hier verder niet ter sprake.

2.3.1 Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland

Tot een eerste Burgerlijk Wetboek kwam het in 1809, toen het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland* (hierna: WNVH) werd ingevoerd.⁷⁰ Deze titel doet vermoeden dat sprake was van een Franse invloed op het Nederlandse burgerlijk recht. Voor het hypotheekrecht geldt echter dat het WNVH in wezen gecodificeerd oud-Hollands recht betreft en gebaseerd is op het Nederlandse ontwerp van Van der Linden uit 1807.⁷¹ De komst van het WNVH bracht voor het hypotheekrecht dan ook geen grote veranderingen. Zo bleef het vereiste van vestiging voor het gerecht voor de speciale hypotheek bestaan.⁷² Ook de wettelijke en algemene hypotheeken werden onder het WNVH

⁶⁶ In dit onderdeel en de volgende onderdelen (tot de bespreking van het huidige Burgerlijk Wetboek) wordt overigens gesproken over ‘zakelijk recht’ en ‘zakelijke werking’. Onder het huidige Burgerlijk Wetboek is deze term minder juist, omdat daar de termen ‘goederenrechtelijke werking’ en ‘beperkt recht’ worden gebruikt. Zie hierover: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 1. Daarom worden vanaf de bespreking van het huidige BW de termen ‘goederenrechtelijke werking’ en ‘beperkt recht’ gebruikt.

⁶⁷ Dit is het ontwerp van Kreet, zie Herman 1914, p. 111-121.

⁶⁸ Herman 1914, p. 121.

⁶⁹ Herman 1914, p. 111-154. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwerpen: Herman 1914, p. 111-154.

⁷⁰ Konings 1990, p. 15; De Blécourt/Fischer 1969, p. 41.

⁷¹ Konings 1990, p. 16-17; De Blécourt/Fischer 1969, p. 42; Herman 1914, p. 121.

⁷² In het WNVH was het vereiste van vestiging door ‘de plaatselijke autoriteit welke daarmede door den Koning zal worden belast’ opgenomen. Bij Herman lezen we dat →

gehandhaafd.⁷³ Voor de executoriale verkoop werd het beding van eigenmachtige verkoop, op grond waarvan zonder gerechtelijk vonnis tot verkoop kon worden overgegaan, alleen toegestaan voor *roerende* goederen.⁷⁴ Herman vermeldt, door Van der Linden te citeren, de reden dat bij onroerende zaken een dergelijk beding niet werd:

‘Hetgeen bij deeze Art. vastgesteld wordt, is ten allen tijde regtens geweest, daar het niet aan het eigendunkelijk goedvinden van den schuldeischer behoort te staan, om te beoordeelen, of de schuldenaar al, dan niet, in mora solvendi is. Het was dus eene onbetamelijke zaak, dat men in gedrukte beleeningsacten hier te stede bij verscheiden Boekverkoopers te koop zijnde, dit willekeurig beding vond ingelascht.’⁷⁵

Hierna zal nog duidelijk worden dat dit standpunt bij latere codificaties niet gehandhaafd blijft.

2.3.2 *De Code Civil*

Het WNVH was geen lang leven beschoren. In 1810 werd Nederland bij Frankrijk ingelijfd en als gevolg hiervan werd de Franse *Code Civil* in Nederland van kracht. De *Code Civil*, vanwege de invloed van Napoleon op de totstandkoming ervan ook wel aangeduid als *Code Napoleon*, was in grote delen van Nederland van kracht tot 1838 en in Limburg zelfs tot 1842.⁷⁶

Voor het hypotheekrecht bracht de invoering van de *Code Civil* een wijziging voor de publicatie en vestiging. De gerechtelijke registers werden vervangen door registers op hypotheekkantoren.⁷⁷ De vestiging van het hypotheekrecht moest voortaan plaatsvinden voor het gemeentebestuur.⁷⁸

Het karakter van het hypotheekrecht onder de *Code Civil* verschilde sterk van het oud-Hollandse hypotheekrecht – en zeker ook van de hedendaagse hypotheek. Onder het Franse recht werd het hypotheekrecht vooral gevestigd om een plaats onder crediteuren vast te stellen.⁷⁹ Voorts kende ook (of: juist) het Franse recht de algemene en wettelijke hypotheken, alsmede de onder het oud-Hollandse recht onbekende gerechtelijke hypotheken.⁸⁰

dit in de praktijk neerkwam op vestiging voor het plaatselijke gerecht (Herman 1914, p. 122). De algemene hypotheek kon ook bij notariële akte worden gevestigd (Herman 1914, p. 122).

⁷³ Herman 1914, p. 122-125.

⁷⁴ Herman 1914, p. 125.

⁷⁵ Herman 1914, p. 125, die hier Van der Linden in zijn ‘Verhandeling van het ambt der Notarissen’ citeert.

⁷⁶ Konings 1990, p. 17. Zie ook De Blécourt/Fischer 1969, p. 43-44.

⁷⁷ Konings 1990, p. 18-19; Herman 1914, p. 126-127.

⁷⁸ Herman 1914, p. 126.

⁷⁹ Herman 1914, p. 144.

⁸⁰ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 245; Herman 1914, p. 42-45.

Het verschil in karakter tussen het Franse en het oud-Hollandse hypotheekrecht is een van de oorzaken dat in de codificatie van het eerste Nederlandse Burgerlijk Wetboek in 1838 een groot aantal bepalingen niet is overgenomen.⁸¹ Kleijn drukt de destijds levende gedachte over het Franse hypotheekrecht als volgt uit, waarmee hij het verschil in karakter treffend verwoordt:

‘Maar de schrik van het Franse stelsel, waar hypotheeken en vele privileges, die boven hypotheek gingen, konden ontstaan puur krachtens de wet, zonder enige inschrijving in de openbare registers, zodat de zekerheid voor een normaal gevestigde hypotheek maar zeer betrekkelijk was, heeft er – gelukkig – ook na de afschaffing daarvan in de eerste helft van de 19e eeuw, lang ingezeten in Nederland. In dat opzicht kunnen we in Nederland trots zijn op ons stelsel waar een recht met de kracht van hypotheek slechts kan ontstaan door inschrijving in de openbare registers, zodat voor een ieder – ook degeen die daarna een hypotheek wil vestigen – nauwkeurig is na te gaan welke rang een nieuw in te schrijven zakelijk recht (zoals hypotheek) zal krijgen.’⁸²

Hier wordt voor de executoriale verkoopprocedure onder de *Code Civil* in Nederland nog opgemerkt dat deze niet veel verschilde van het oud-Hollandse recht; ook onder de *Code Civil* was de gerechtelijke executoriale verkoop voorgeschreven.⁸³

2.4 Het Burgerlijk Wetboek van 1838⁸⁴

In 1813 werd Nederland onafhankelijk van Frankrijk en al spoedig werd de codificatie van het Burgerlijk Wetboek weer opgepakt. Tot een daadwerkelijke invoering daarvan zou het pas komen in 1838. Voor het hypotheek- en verhaalsrecht bracht het Burgerlijk Wetboek van 1838 een aantal belangrijke wijzigingen. Met deze wijzigingen kwam het zakelijke karakter van het hypotheekrecht (weer) meer op de voorgrond te staan en kreeg de hypotheekhouder een effectiever en efficiënter verhaalsrecht.⁸⁵

⁸¹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 245-246.

⁸² Kleijn 1981, p. 73.

⁸³ Van Nierop 1937, p. 154-155.

⁸⁴ De hierna vermelde bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek van 1838 worden hierna door ‘OBW’ aangeduid; de bepalingen uit destijds geldende Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door ‘ORv’.

⁸⁵ Herman merkt hierbij echter op dat men zich van deze afwijking in het karakter van het hypotheekrecht ‘tijdens de behandeling van het ontwerp geenszins bewust was’ (Herman 1914, p. 145). Bij Voorduin IV 1838, p. 435-436 wordt duidelijk dat de discussies in de parlementaire debatten omtrent het hypotheekrecht zich toespitsen op drie punten: 1. het al of niet doorvoeren van de beginselen van specialiteit en publiciteit (en, in het verlengde daarvan, het al dan niet behouden van de wettelijke hypotheeken); 2. het al of niet toekennen van een pandrecht aan getrouwde vrouwen op goederen van de echtgenoot; 3. het al of niet overnemen van de gerechtelijke hypotheeken uit het Franse recht. Zie voor de parlementaire discussies: Voorduin IV 1838, p. 436-491.

Een in het oog springende verandering voor het hypotheekrecht bracht art. 1224 OBW, dat voorschreef dat het hypotheekrecht alleen door *inschrijving* kan ontstaan. Het Franse voorschrift van inschrijving naar de *persoon* (hypotheekgever) werd met de invoering van deze bepaling vervangen door inschrijving met betrekking tot het *goed* (onderpand).⁸⁶ Het onderzoek naar ingeschreven hypotheekrechten werd hierdoor aanzienlijk vereenvoudigd.⁸⁷ Voorts werden met de invoering van art. 1224 OBW de algemene, gerechtelijke en wettelijke hypotheeken afgeschaft; een ontwikkeling die Van Velten als ‘een grote schrede voorwaarts’ bestempelt.⁸⁸ Ook Asser is hierover positief:

‘Het Nederlandsche stelsel is derhalve gebouwd op de *openlijkheid* en de *specialiteit*, waarnaar de Fransche wetgever, in de onderscheidene wetgevingen, welke zich hebben verdrongen, te vergeefs gestreefd heeft, zonder dat gewenschte doel te kunnen bereiken, omdat hem steeds in den weg stond het *legaal* of *stilzwijgend* verband, hetwelk bij het Nederlandsch regt, benevens de gerechtelijke onderzettingen, is afgeschaft geworden.’⁸⁹

De invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 betekende ook dat voortaan alleen uitdrukkelijk en ten aanzien van een bepaald goed bedongen hypotheeken werden erkend (conventionaliteitsbeginsel, art. 1217 OBW).⁹⁰ Tevens werd in dit Burgerlijk Wetboek het zaaksgevolg (*droit de suite*) van het hypotheekrecht expliciet tot uitdrukking gebracht (art. 1209 OBW).⁹¹

Het Burgerlijk Wetboek nam echter niet op alle punten afscheid van de bepalingen uit de *Code Civil*. Zo kon het hypotheekrecht, in navolging van het Franse recht, op grond van art. 1217 OBW in beginsel alleen bij notariële akte worden gevestigd.⁹² De onder het oud-Hollandse recht voorgeschreven gerechtelijke vestiging bleef hiermee verleden tijd. Een notariële akte werd noodzakelijk geacht, ‘omdat daardoor vele twistgedingen werden voorgekomen, die thans uit het tegenovergesteld vermogen, maar al te zeer voortvloeijen’.⁹³

⁸⁶ Asser 1838, p. 427-429. Zie ook: Voorduin IV 1838, p. 539-541.

⁸⁷ Asser 1838, p. 427-428.

⁸⁸ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 245.

⁸⁹ Asser 1838, p. 429. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

⁹⁰ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 245; Land III 1902, p. 359-360; Asser 1838, p. 428. Ten aanzien van de gerechtelijke hypotheeken moet worden opgemerkt dat een hypotheek nog wel door de rechter kon worden toegekend, maar deze eerst door inschrijving werd verkregen. Dit waren derhalve geen gerechtelijke hypotheeken zoals deze bestonden onder het Franse recht (Diephuis VII 1886, p. 370).

⁹¹ Land III 1902, p. 397-406; Diephuis VII 1886, p. 370-371.

⁹² Heuff 1988, p. 99; Diephuis VII 1886, p. 412-415; Opzoomer IV 1876, p. 626-627; Voorduin IV 1838, p. 506-515.

⁹³ Voorduin IV 1838, p. 513. Er bestonden overigens wel uitzonderingen op het vereiste van een notariële akte, zie: Land III 1902, p. 360; Diephuis VII 1886, p. 412; Opzoomer IV 1876, p. 627.

Voorts werd, gelijk art. 2119 *Code Civil*, in het Burgerlijk Wetboek van 1838 opgenomen dat hypotheek slechts kon worden gevestigd op onroerende goederen (art. 1210 en 1213 OBW).⁹⁴ Het onderscheid tussen pand- en hypotheekrecht kwam daarmee te liggen in de aard van het goed en was niet langer ofwel willekeurig, ofwel gebaseerd op de wijze waarop zekerheid werd vormgegeven (bezitloos zekerheidsrecht dan wel in bezit van de schuldeiser, zie onderdeel 2.2). Het zekerheidsrecht op onroerende goederen was voortaan het hypotheekrecht, het zekerheidsrecht op roerende goederen pandrecht.

2.4.1 *De executoriale verkoop*

Niet alleen het hypotheekrecht onderging in het Burgerlijk Wetboek van 1838 een gedaanteverwisseling, ook het verhaalsrecht van de hypotheekhouder wijzigde sterk. Deze wijziging kan worden begrepen in het licht van de sterkere positie die de hypotheekhouder toekwam. Bij deze sterke positie past immers dat de hypotheekhouder zijn vordering ook daadwerkelijk op een efficiënte en effectieve wijze kan verhalen; een sterk verhaalsrecht derhalve, zo stelt ook Herman:

‘We mogen dus gerust zeggen, dat de toekenning van deze bevoegdheid aan den hypotheekhouder, in 1833 een novum is, en nu past dit heel goed bij de opvatting, dat de hypotheek een zakelijk recht is, terwijl naar de Fransche opvatting een dergelijke macht van den crediteur iets ongehoords moet schijnen.’⁹⁵

Hieraan is ook de in onderdeel 2.2.3 besproken praktijkbehoefte aan een alternatieve procedure voor de langdurige en kostbare gerechtelijke verkoopprocedure debet. Van Nierop drukt deze behoefte als volgt uit:

‘Intusschen werd in de praktijk de behoefte aan een anderen, meer korten weg dan gerechtelijken verkoop van onroerend goed steeds sterker gevoeld en men behielp zich met een volmacht van den schuldenaar tot verkoop. Waar echter deze volmacht uit den aard der zaak gebonden was aan de gewone bepalingen van lastgeving, ook omtrent te niet gaan, kon deze b.v. steeds herroepen worden, zoodat in de meeste gevallen de schuldeischer, juist op het oogenblik waarop het noodig bleek te zijn, van de bij hem bij de akte verleende volmacht geen profijt kon trekken.’⁹⁶

In 1833 ging de wetgever met deze praktijkbehoefte aan de slag.⁹⁷ In de parlementaire debatten werd voorgesteld een tweede lid aan art. 1223 OBW toe

⁹⁴ Land III 1902, p. 352-355; Diephuis VII 1886, p. 371-380; Opzoomer IV 1876, p. 611 en 614-618; Voorduin IV 1838, p. 492-499 en 504-505. Hier wordt gesproken over onroerende en roerende *goederen*, omdat dit onder het OBW de benaming was.

⁹⁵ Herman 1914, p. 148.

⁹⁶ Van Nierop 1937, p. 155.

⁹⁷ Voorduin IV 1838, p. 527; Van Nierop 1937, p. 155.

te voegen,⁹⁸ op grond waarvan de hypotheekhouder zonder tussenkomst van de rechter in het openbaar kon verkopen. De regering was positief over de voorgestelde verandering en besloot het zogenaamde ‘beding van eigenmachtige verkoop’ in te voeren:

‘Men heeft gaarne aan het geuit verlangen gevolg gegeven, als zich overtuigd houdende, dat daardoor een werkelijke dienst aan de ingezetenen zal worden gedaan, vermits bepaaldelijk bij de onderzetting van *geringere* perceelen, de geldschieters worden afgeschrikt hun geld te leenen, uit hoofde der kostbare procedure in cas van uitwinning.’⁹⁹

En zo werd aan art. 1223 OBW een tweede lid toegevoegd:

‘Het staat echter den eersten hypothecairen schuldeischer vrij om, bij het vestigen der hypotheek, uitdrukkelijk te bedingen dat, bij gebreke van behoorlijke voldoening der hoofdsom, of van de betaling der verschuldigde renten, hij onherroepelijk zal zijn gemachtigd het verbonden perceel in het openbaar te doen verkopen, ten einde uit de opbrengst te verhalen zoo wel de hoofdsom als de renten en de kosten. Dat beding zal op de openbare registers moeten worden aangeteekend, en zal de veiling moeten plaats hebben als op de wijze als bij artikel 1255 is voorgeschreven.’

Voor de uitvoering van de procedure van executoriale verkoop op grond van het beding van eigenmachtige verkoop verwees art. 1223 lid 2 OBW naar art. 1255 OBW. Die bepaling was opgenomen in de afdeling over het tenietgaan van hypotheeken en schreef voor dat de verkoop moet plaatsvinden in het openbaar, volgens plaatselijke gebruiken, ten overstaan van een openbaar ambtenaar, in aanwezigheid van de kantonrechter en met verwittiging van de overige ingeschreven schuldeisers. Omdat enkele van deze vereisten ook in de huidige wetgeving van de executoriale verkoop zijn opgenomen, is het interessant ze hier nader te analyseren. Daarom wordt hierna besproken op welke wijze deze vereisten destijds werden en tegenwoordig worden ingevuld. Daarbij komt ook, waar dat nuttig en nodig is, het huidige recht aan de orde.¹⁰⁰

Een nadere invulling van de vereisten van de executoriale verkoopprocedure is tegenwoordig bijvoorbeeld van belang voor de vraag, of het onder de huidige wettelijke regeling mogelijk is de executoriale verkoopprocedure (deels) via internet te laten verlopen. Deze technologische ontwikkeling, die bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek nog niet is voorzien, vraagt om een nieuwe blik op een reeds lang bestaande regeling. Zie hierover nader onderdeel 3.3.1.3.

⁹⁸ Het eerste lid van art. 1223 OBW bevatte het toe-eigeningsverbod, waarover meer in onderdeel 6.4.

⁹⁹ Voorduin IV 1838, p. 528. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

¹⁰⁰ In dit onderdeel wordt geen aandacht besteed aan de discussie over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid die naar aanleiding van art. 1223 lid 2 OBW ontstond. Daarvoor wordt verwezen naar onderdeel 6.3.1.

2.4.2 Nadere uitwerking van de wettelijke vereisten

2.4.2.1 Verkoop in het openbaar

Het eerste vereiste van art. 1255 OBW was dat de verkoop moest plaatsvinden in het openbaar. Een nadere invulling van het begrip openbaarheid is ook voor het huidige recht interessant, nu art. 3:268 BW jo. 546 jo. 519 Rv voor de executoriale verkoop door de hypotheekhouder eveneens een *openbare* veiling voorschrijven. Noch de parlementaire geschiedenis bij art. 1255 OBW, noch die bij art. 3:268 BW geeft echter een invulling van dit begrip. Toch is het interessant te beschouwen, wanneer een executoriale verkoop als in het openbaar geschied kan worden aangemerkt. Over de *strekking* van dit voorschrift is wel meer te vinden in de parlementaire geschiedenis. Die uitwerking biedt bruikbare aanknopingspunten voor de invulling van onder meer het voorschrift van openbaarheid. Zo merkte Tweede Kamerlid Van Crombrugge op over art. 1255 OBW *in het algemeen*:

‘Avec ses précautions, toute simulation de prix, est rendue impossible, et la surenchère, ses frais et ses embarras deviennent inutiles.’¹⁰¹

Hieruit volgt dat de voorschriften ten doel hebben handelingen te voorkomen tussen de verkoper (hypotheekhouder) en een koper (‘samenspanning’), als gevolg waarvan het goed voor een te lage prijs verkocht zou worden.¹⁰²

Aan de hand van deze strekking kan het begrip openbaarheid worden ingevuld. Doordat de executoriale verkoop immers in het openbaar plaatsvindt, wordt een ieder in staat gesteld deel te nemen aan het verkoopproces. Zo krijgt elke geïnteresseerde de kans op het aangeboden goed te bieden en daarmee koper van het goed te worden. Een onderonsje tussen de hypotheekhouder en een koper wordt op deze wijze zo veel mogelijk uitgesloten. Juist omdat de hypotheekhouder het goed van een ander verkoopt en de daarmee behaalde opbrengst in beginsel moet delen met andere belanghebbenden, moeten handelingen waardoor het goed voor een te lage prijs wordt verkocht zo veel mogelijk worden voorkomen.

Diverse schrijvers merken de aanwezigheid van publiek ook als belangrijk kenmerk van de openbaarheid aan.¹⁰³ Kuyk werkt bijvoorbeeld het openbaarheids criterium als volgt uit:

‘Voor een openbare verkoop, zoals wij die voor ons onderwerp bedoelen, is overigens de toelating van dat publiek wel een der criteria. Het andere is dan, dat in beginsel de

¹⁰¹ Voorduin IV 1838, p. 673.

¹⁰² Zie ook Stein 1991, p. 164-165; Van Nierop 1937, p. 292. Vgl. De Smidt 1954, p. 6.

¹⁰³ Vonck 2011, p. 307; Gräler 2004; Kuhlmann 1991.

hoogste bieder als koper zal worden erkend m.a.w. dat zonder aanzien des persoons ieder uit het publiek in de gelegenheid wordt gesteld koper te worden.¹⁰⁴

Kuyk merkt echter niet slechts de aanwezigheid van het publiek aan als belangrijk criterium voor de openbaarheid, maar tevens de *controleerende functie* van het publiek:

‘Aldus gesteld zal o.i. aan het voorschrift van openbaarheid eerst dan voldaan zijn, zoodra ook het eerste criterium vervuld is, m.a.w. zoodra het publiek in het algemeen in de gelegenheid is gesteld de veiling bij te wonen. Naast het voordeel, gelegen in het feit, dat degenen, die den hoogsten prijs wil besteden, in de gelegenheid is, koper te worden, zal dus een tweede voordeel den openbaren verkoop kenmerken nl. de controleerende werking, welke uitgaat van de aanwezigheid van het publiek. Het feit, dat alle handelingen, die den verkoop vormen, in het bijzijn geschieden van allen, die daarbij wenschen tegenwoordig te zijn, schept een waarborg, dat een dergelijke verkoop op de meest regelmatige wijze zal worden gehouden.’¹⁰⁵

Vonck komt tegen dit argument op en stelt:

‘Die waarborg is echter niet gelegen in de betrokkenheid van de notaris. Dat ook voor degenen in de zaal onmiddellijk kenbaar is dat een bieding is gedaan, is hooguit van secundair belang.’¹⁰⁶

Vonck stelt terecht dat de controle op het biedproces plaatsvindt door de notaris.¹⁰⁷ De notaris controleert welke bidders deelnemen aan het biedproces en of het biedproces zodanig verloopt dat – in de woorden van Kuyk – ‘een dergelijke verkoop op de meest regelmatige wijze zal worden gehouden’.¹⁰⁸ Dit is ook niet verwonderlijk, omdat anders de controle zou liggen bij degenen die een direct belang hebben bij de hoogte van de biedingen en de verkoop. Door de controle in handen te leggen van een onafhankelijke en onpartijdige derde (de notaris), wordt zo veel mogelijk gewaarborgd dat het goed daadwerkelijk verkocht wordt aan degene die het hoogste bod voor het goed wil uitbrengen. De bevoegdheid in te grijpen indien het biedproces niet op rechtmatige wijze plaatsvindt, ligt daarmee eveneens in handen van de notaris.

Wel dient de notaris, indien de executoriale verkoop plaatsvindt bij opbod, de hoogte van de biedingen aan de bidders door te geven, zodat zij in staat zijn een hoger bod uit te brengen. Bij executoriale verkoop via afmijning zullen de bidders eveneens kennis moeten kunnen nemen van de bedragen, zodat zij in staat zijn op het door hen gewenste bedrag te kunnen afmijnen. De kenbaarheid van de biedingen is derhalve een *gevolg* van

¹⁰⁴ Kuyk 1936, p. 3.

¹⁰⁵ Kuyk 1936, p. 4. Evenzo: Gräler 2010, p. 405.

¹⁰⁶ Vonck 2011, p. 307.

¹⁰⁷ Zie ook onderdeel 2.4.2.3 en 5.2.4.

¹⁰⁸ Vgl. Kuyk 1936, p. 4.

de wijze waarop de openbare verkoop plaatsvindt. Een controlerende functie hebben de bidders hierbij daarentegen niet.

Dat bovendien bij een executoriale verkoop in de zaal of via een webcam (met audio) ook het publiek in zekere mate kennis kan nemen van de wijze waarop het biedproces verloopt, is een logisch gevolg van de wijze waarop die verkoop plaatsvindt, noodzakelijk is dat echter niet. Voor bijvoorbeeld een openbare executoriale verkoop bij inschrijving geldt het vereiste van toegang van een ieder ook, maar daar zijn de uitgebrachte biedingen nu juist niet kenbaar voor het publiek.

De invulling van het begrip openbaarheid als de *toegang voor een ieder* geldt voor elke wijze van executoriale verkoop, in verband met het in hoofdstuk 4 te bespreken hoofddoel van deze verkoop. In deze zienswijze is de term *onderhandse* executoriale verkoop voor de verkoop ex art. 3:268 lid 2 BW dan ook minder juist; ook bij deze vorm van verkoop zal een ieder immers in staat moeten zijn een bod uit te brengen. Het onderscheid met de *openbare* executoriale verkoop (waarmee bedoeld wordt de verkoop ex art. 3:268 lid 1 BW jo. 546 jo. 519 Rv) ligt dan ook niet in de openbaarheid, maar in de wijze van verkoop. Bij de onderhandse executoriale verkoop wordt aan de bidders gedurende het biedproces niet kenbaar gemaakt wat de hoogte is van de binnengekomen biedingen. Het spanningselement zit hier juist in het feit dat de bidders niet op de hoogte zijn van de biedingen van anderen. Dit alles komt nader aan de orde bij de bespreking van de verklaring voor deze verkoopwijzen in onderdeel 4.4.1.3.

In het vierde hoofdstuk zal voorts ter sprake komen dat het weliswaar gaat om openbaarheid, maar dat dit in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoop wordt toegespitst op het bereiken van de *voor het te verkopen goed meestbiedende gegadigde*. Dit onderdeel sluit af met de conclusie dat het begrip openbaarheid wat betreft de executoriale verkoop ziet op de toegang voor een ieder, hetgeen onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 vorm kreeg door de verkoop op een openbaar toegankelijke locatie (de veiling). De wijze waarop deze verkoop plaatsvond werd bepaald door het plaatselijk gebruik.

2.4.2.2 Plaatselijk gebruik

Het tweede vereiste van art. 1255 OBW was dat de verkoop moet plaatsvinden *volgens de plaatselijke gebruiken*. Anders dan het hiervoor besproken begrip openbaarheid was dit begrip wel uitgewerkt in de parlementaire geschiedenis:

‘Dat de woorden: *plaatselijke gebruiken*, in artikel 1255 voorkomende, dikwerf in het wetboek zijn gebezigd geworden, en zoodanige gebruiken bedoelen, *die op elke plaats, in het belang der verkoopers, steeds worden in acht genomen*.’¹⁰⁹

¹⁰⁹ Voorduin IV 1838, p. 709. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

Deze omschrijving roept een aantal vragen op: (1) zagen de woorden ‘in het belang der verkoopers’ op de *inhoud* van de plaatselijke gebruiken (de gebruiken zelf moeten in het belang van de verkopers zijn) of op het *doel* ervan (de naleving van de gebruiken is in het belang van de verkopers); (2) kon het plaatselijk gebruik wijziging ondergaan en, zo ja, hoe; (3) wat omvatte het plaatselijk gebruik: alleen de voorbereiding van de executoriale verkoop, of ook de wijze van verkoop en de afwikkeling ervan?

Het belang van een antwoord op deze vragen en daarmee van het verder ontrafelen van het begrip plaatselijk gebruik is gelegen in de verstrekkende gevolgen die men destijds verbond aan de niet-naleving van het voorschrift dat de verkoop moet geschieden volgens plaatselijk gebruik. Zo stelt Heuff:

‘De executoriale veiling van art. 1223 lid 2 BW dient te geschieden zoals die bij willige verkoop [art. 1255 OBW, IV] is voorgeschreven, wil men tot zuivering komen.’¹¹⁰

Ten aanzien van de eerste vraag – zagen de woorden *in het belang der verkoopers* op de inhoud of het doel van de plaatselijke gebruiken – wordt opgemerkt dat gezien de gebruikelijke uitwerking van het begrip in de literatuur het laatste bedoeld zal zijn: omdat de executoriale verkoop volgens plaatselijk gebruik geschiedt, weten (vaste) bidders waar zij aan toe zijn.¹¹¹ Dat is in het belang van de opbrengst en dus in het belang van de verkoper. Het plaatselijk gebruik als zodanig hoeft daarmee niet direct in het belang van verkoper te zijn.

Over de tweede vraag – of het plaatselijk gebruik wijziging kon ondergaan – wordt allereerst opgemerkt dat een plotselinge wijziging in een van de gebruiken de opbrengst bij de executoriale verkoop negatief kan beïnvloeden. In de parlementaire geschiedenis staat dan ook opgenomen dat de gebruiken *steeds* in acht worden genomen. De Smidt betoogt echter dat het plaatselijk gebruik wel degelijk wijziging kon ondergaan, als alle belanghebbenden uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend akkoord gaan en in het vervolg door alle notarissen in het rayon op deze nieuwe wijze wordt geveild.¹¹² Kuyk stelt dat pas sprake is van een wijziging in het plaatselijk gebruik indien ‘*feitelijk* gedurende een min of meer lange periode een zelfde wijze van handelen’ heeft plaatsgehad.¹¹³ Hij merkt hierbij (terecht) op dat de wetgever niet de bedoeling zal hebben gehad dat steeds geveild zal moeten worden volgens het plaatselijk gebruik, zoals dat in bijvoorbeeld 1838 de gewoonte was.¹¹⁴ Heuff merkt nog op dat weliswaar

¹¹⁰ Heuff 1988, p. 107.

¹¹¹ Gerver 1992-I; Van Erk & Van Velten 1984, p. 374-375; Kuyk 1936, p. 10-11. Zie echter hierna, over de toegankelijkheid van de veiling voor *nieuwe* geïnteresseerden.

¹¹² De Smidt 1954, p. 13-14.

¹¹³ Kuyk 1936, p. 12. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

¹¹⁴ Kuyk 1936, p. 11.

wijziging kan worden gebracht in het plaatselijk gebruik, maar wel onder de voorwaarde dat dit leidt tot verbetering van de opbrengst.¹¹⁵

Met betrekking tot de derde vraag – naar de omvang van het plaatselijk gebruik – geldt dat de meeste schrijvers het er over eens zijn dat het plaatselijk gebruik de voorbereiding van de verkoop en de verkoop zelf regelde.¹¹⁶ De afwikkeling van de verkoop wordt volgens deze schrijvers niet door het plaatselijk gebruik ingekleurd, maar bepaald door andere, al dan niet vastgelegde regels en/of de gewoonte.

Waar de wetgever er in het Burgerlijk Wetboek van 1838 voor gekozen heeft de voorbereiding van de verkoop en de verkoop zelf aan het plaatselijk gebruik over te laten, vaart hij onder het huidige Burgerlijk Wetboek (en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) een andere koers. Het plaatselijk gebruik is geschrapt en in ruil daarvoor worden de voorbereiding van de verkoop en de verkoop zelf grotendeels aan de hypotheekhouder en de notaris overgelaten.¹¹⁷ De reden hiervoor volgt uit de memorie van toelichting:

‘Er is geen waarborg dat deze plaatselijke gebruiken die deels van zeer oude datum zijn, nog in deze tijd voor een goed als waarom het hier gaat passen. Het verdient daarom de voorkeur om ook hier de notaris en de executant de vrije hand te laten.’¹¹⁸

Het huidige Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering schrijven het plaatselijk gebruik dan ook niet meer voor voor de executoriale verkoop.¹¹⁹ Wel wordt dit begrip nog gebruikt voor de wijze van aanplakking, zie art. 516 lid 1 Rv.

¹¹⁵ Heuff 1988, p. 108. Vgl. Van Erk & Van Velten 1984, p. 375. Zie voor de vraag of een nieuw plaatselijk gebruik direct het oude gebruik vervangt: Rb. Utrecht 27 april 1931, *WPNR* (3206) 1931, p. 301-302, waarin de rechter overweegt ‘dat ook al moge de nieuwe wijze van veiling vrij algemeen worden toegepast en tot algemeen gebruik zijn geworden, daarom thans nog niet gezegd kan worden, dat de vroegere methode niet naar plaatselijk gebruik is, daar toch juist in een tijd van overgang zeer goed denkbaar is dat twee gebruiken naast elkander bestaan’.

¹¹⁶ Heuff 1988, p. 107; De Smidt 1954, p. 10-11; Kuyk 1936, p. 10-11; Diephuis VII 1886, p. 513.

¹¹⁷ In het Ontwerp-Meijers was de verwijzing naar het plaatselijk gebruik overigens nog wél opgenomen (Parl. Gesch. Boek 3, p. 822).

¹¹⁸ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT). Hierbij merk ik op dat het plaatselijk gebruik, zoals hierboven beschreven, wel degelijk wijziging kan ondergaan. Dat de gebruiken ‘van zeer oude datum zijn’, zoals de wetgever opmerkt, lijkt mij dan ook niet direct reden om het voorschrift niet langer in de wet op te nemen.

¹¹⁹ Voor de openbare verkoop door de pandhouder is het voorschrift van plaatselijk gebruik overigens wel gehandhaafd, zie art. 3:250 lid 1 BW.

Naast de door de wetgever vermelde reden, zou het schrappen van het voorschrift van plaatselijk gebruik voor de verkoop ook kunnen samenhangen met een andere ontwikkeling in de executoriale verkooppraktijk, namelijk die van het opstellen van de *landelijke* algemene veilingvoorwaarden. In de jaren '80 van de vorige eeuw kwamen de eerste landelijke veilingvoorwaarden tot stand: de Algemene Veilingvoorwaarden onroerend goed 1987 (AVV 1987). Deze zijn op 22 augustus 1987 vastgesteld door de (toen nog zogeheten) Koninklijke Notariële Broederschap (KNB). Door op landelijk niveau de voorwaarden vast te leggen waaronder de executoriale verkoop plaatsvond, werd (een deel van) het plaatselijk gebruik geüniformeerd. Het plaatselijke gebruik verdween hiermee naar de achtergrond, hoewel de Commissie Uniformering Algemene Veilingvoorwaarden van de KNB bij de invoering van de AVV 1987 van mening was dat het met het verdringen van het plaatselijk gebruik wel meeviel:

- 'plaatselijk gebruik doelt, ook blijkens de veilingpraktijk, eerder op het uiterlijk van de veiling, dan op de toch in de AVV voornamelijk aan de orde zijnde rechten en plichten (zie ook pres. Rb. Den Haag, KG 14-5-85)
- de gebruiken zijn te wijzigen, al zal ook die wijziging weer door gebruik moeten ontstaan (zie ook de regelmatige praktijk van (aanpassing) AVV per ring)
- en vooral: het NBW laat deze eis vallen; de vraag lost zich dus vanzelf op.'¹²⁰

Desondanks verdient opmerking dat als gevolg van het introduceren van de landelijke veilingvoorwaarden in principe nog slechts plaats is voor gebruik waarover de veilingvoorwaarden niets regelen. Overigens lijkt mij dit voor de *toegankelijkheid* van de executoriale verkoop geen ongunstige ontwikkeling. Indien de voorwaarden waaronder de verkoop plaatsvindt immers niet zijn vastgelegd, maar worden gereguleerd door ongeschreven plaatselijke gebruiken, is deze verkoop weinig toegankelijk voor nieuwe geïnteresseerden. De gebruiken waarmee op de openbare veiling gewerkt wordt, zijn aan hen niet bekend en kunnen bovendien per tijd en plaats wisselen. Daarmee krijgt de executoriale verkoop in zekere mate een gesloten karakter, hetgeen de openbaarheid, onder 2.4.2.1 uitgewerkt als toegang tot het biedproces voor iedere geïnteresseerde, onder druk zet. Het vastleggen van de plaatselijke gebruiken in veilingvoorwaarden vergroot de kenbaarheid en daarmee de toegankelijkheid voor nieuwe geïnteresseerden.¹²¹

¹²⁰ Toelichting van de Commissie Uniformering Algemene Veilingvoorwaarden van de Koninklijke Notariële Broederschap bij de Algemene Veilingvoorwaarden Onroerend Goed (1987), p. 1.

¹²¹ Vóór het vaststellen van de landelijke veilingvoorwaarden was sprake van plaatselijke veilingvoorwaarden, zie Van Erk & Van Velten 1984, p. 373-380; Van Nierop 1937, p. 294-295.

Door regulering van de veilingvoorwaarden op landelijk niveau anticipeerde de Commissie, zoals hiervoor aangegeven, ook op het Burgerlijk Wetboek van 1992, waarin het plaatselijk gebruik niet terugkeerde. Desondanks verdween het plaatselijk gebruik met de invoering van de landelijke veilingvoorwaarden en de invoering van het Burgerlijk Wetboek niet direct uit de praktijk van de executoriale verkoop. Uit een enquête van Albers-Dingemans in 1998 blijkt dat gemiddeld 91% van de geënquêteerde notarissen het plaatselijk gebruik nog steeds toepaste bij de executoriale verkoop.¹²² Door de in onderdeel 3.3.1 te bespreken ontwikkeling van de regionalisering en formalisering van de executoriale verkoop, is het plaatselijk gebruik tegenwoordig echter goeddeels uit de veilingpraktijk verdwenen.¹²³

2.4.2.3 Ten overstaan van een openbaar ambtenaar

In art. 1255 OBW was als derde vereiste opgenomen dat de veiling moest plaatsvinden ten overstaan van een openbaar ambtenaar. Hier deed de notaris zijn intrede als organisator van en toezichthouder op de executoriale verkoop-procedure. De tussenkomst van de notaris bij de executoriale verkoop had namelijk niet slechts betrekking op zijn aanwezigheid bij de veiling (en het opstellen van het proces-verbaal), maar ook op de voorbereiding en afwikkeling ervan.¹²⁴ Omdat de rol van de notaris bij de executoriale verkoop uitgebreid aan de orde komt in onderdeel 5.2, wordt hier volstaan met een verwijzing naar dat onderdeel.

2.4.2.4 In tegenwoordigheid van de kantonrechter

Art. 1255 OBW schreef eveneens voor dat de verkoop moet plaatsvinden in tegenwoordigheid van de kantonrechter. Al bij de invoering van art. 1233 OBW, dat voor het verloop van de veiling verwijst naar art. 1255 OBW, werd getwijfeld aan de noodzaak van tegenwoordigheid van de kantonrechter bij de executoriale verkoop:

‘De 4de afdeling hield het, volgens hetzelfde verslag, “voor zeer doelmatig, dat in dit geval de tegenwoordigheid van den kanton-regter *niet* wordt gevorderd. Daar dezelve echter bij de willige zuivering van hypotheek (art. 1255) bijbehouden is, kan de afdeling de reden van onderscheid niet wel doorgronden; in dit laatste geval toch schijnt de tegenwoordigheid des regters nog minder noodig, dan bij dat van dit artikel.”’¹²⁵

Dit voorschrift bleef dan ook voor de executoriale verkoop buiten toepassing.¹²⁶

¹²² Albers-Dingemans 1998, p. 16-17, p. 165 (vraag 8a). Zie ook Gerver 1992-I.

¹²³ Zie ook Gräler 2010, p. 406-407.

¹²⁴ Heuff 1988, p. 104-105; Van Nierop 1937, p. 299-300.

¹²⁵ Voorduin IV 1838, p. 529-530. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

¹²⁶ Van Nierop 1937, p. 291-292; Opzoomer IV 1876, p. 644 (aldaar voetnoot 3). Van Nierop stelt dat dit voorschrift eerst bij de Wet tot verlaging van de openbare uitga- →

2.4.2.5 Verwittiging overige schuldeisers

Het laatste element van art. 1255 OBW zag op de verwittiging van de overige schuldeisers van de hypotheekgever. De informatieverplichting jegens de schuldeisers is bij de executoriale verkoop steeds van belang. Omdat een aantal schuldeisers als gevolg van de executoriale verkoop hun rechten verloren ziet gaan, is het van belang deze schuldeisers van de voorgenomen verkoop op de hoogte te stellen. Hier wordt volstaan met een verwijzing naar onderdeel 5.2.4.2, onder 1, waar deze informatieplicht ter sprake komt.

2.4.3 Het uitwinningsrecht van de andere schuldeisers; Lex Hartogh

Art. 1223 lid 2 OBW kende alleen aan de eerste hypotheekhouder de mogelijkheid van verkoop op grond van het beding van eigenmachtige verkoop toe, dat wil zeggen de verkoop zonder inleidend beslag en buiten de rechter om. Hypotheekhouders met een jonger recht en andere schuldeisers hadden slechts de mogelijkheid om via gerechtelijke verkoop verhaal te halen. Bij de invoering van art. 1223 lid 2 OBW was de wetgever weinig genegen ook aan hen een alternatieve procedure van executoriale verkoop toe te kennen:

‘Het maken van het beding, waarvan te dezen de rede is, heeft alleen en bij uitsluiting aan den *eersten* hypotheekaris kunnen gegend worden; omdat anderszins de regten van dezen zouden zijn verkort, indien *latere* hypotheekarissen zich een regt voorbehielden, waardoor de *eerste* zou moeten dulden, dat een perceel, waarop hij, *zonder zoodanige voorwaarde*, heeft geld geschoten, door eenen *lateren* schuldeischer zoude worden verkocht.

Ook zoude de toelating van zoodanig beding door meer dan één opvolgend schuldeischer, ongelegenheden doen geboren worden; doordien er geschil zoude rijzen, of er al dan niet een regt van preventie bestaat.¹²⁷

Tegen de door de andere hypotheekhouders (en ook de beslagleggers) te volgen procedure onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 bestonden echter diverse bezwaren. Daarom werd aan het einde van de negentiende eeuw een voorstel

¹²⁷ ven van 1 januari 1936 is vervallen, terwijl Opzoomer stelt dat de tegenwoordigheid van de kantonrechter voor de executoriale verkoop van art. 1223 lid 2 OBW uitgezonderd is. Voorduin IV 1838, p. 529. Cursivering in oorspronkelijke tekst. Onder het huidige recht blijkt overigens dat deze bewaren door middel van wetgeving in belangrijke mate kunnen worden weggenomen. Zo dient het voornemen tot veiling te worden aangezegd aan alle hypotheekhouders (art. 544 lid 1 Rv), waarbij de hypotheekhouders met een anterieur hypotheekrecht de executie kunnen overnemen (art. 544 lid 3 Rv). In een uitspraak van het Hof Amsterdam (tuchtr.) 24 mei 2011, *JOR* 2012, 86 m.nt. N.W.A. Tollenaar wordt de mogelijkheid van schade als gevolg van een veiling door de tweede hypotheekhouder overigens wel aangevoerd als een belang van de eerste hypotheekhouder dat mogelijk wordt geschaad als geen toestemming wordt gevraagd. Voor het vestigen van een tweede hypotheekrecht, ondanks een bezwaringsverbod in de hypotheekakte.

ingediend om een alternatieve wijze van verhaal voor de andere hypotheekhouders en beslagleggers vast te leggen, als onderdeel van de zogenaamde *lex Hartogh*.¹²⁸ Over de tot dan toe bestaande regeling waren de indieners van het wetsvoorstel kritisch:

‘Daarbij werden slechts procureurs, bij die rechtbank aangesteld, en notarissen die hun beroep binnen haar arrondissement uitoefenden, als bidders of mijners toegelaten. Zoowel deze omstandigheid als de ongewone verkoopplaats, nog versterkt door de zeer omslachtige wijze van behandeling der zaak, had ten gevolge, dat de opbrengst gewoonlijk verre bleef beneden die, welke te verkrijgen ware bij gewonen openbare verkoop.’¹²⁹

De *lex Hartogh* bracht voor de hypotheekgever en ingeschreven schuldeisers de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken om een openbare verkoop volgens de procedure van art. 1255 OBW. Zo werd het ook voor de andere schuldeisers dan de eerste hypotheekhouder mogelijk de langdurige en kostbare gerechtelijke verkoop te vermijden. Hiertoe werden op 1 januari 1897 (onder meer) art. 537a tot en met 537j en 539 toegevoegd aan het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering.

Zowel de invoering van art. 1223 lid 2 OBW, als de invoering van de *lex Hartogh* leidde ertoe dat de nog steeds bestaande gerechtelijke procedure in de vergetelheid raakte, aldus onder meer Heuff:

‘Voor de executoriale verkoop ex art. 1223 lid 2 BW is echter wel de notaris aangewezen als degeen ten overstaan van wie de openbare verkoop dient plaats te vinden. De notarissen hebben daarbij hun taak verstaan. Zelfs is door de praktijk, zoals die zich ontwikkeld heeft, de executoriale verkoop van onroerend goed tot een dode letter geworden. [...] Ook in geval van een executie door een beslaglegger wordt er de voorkeur aan gegeven de notaris met de openbare verkoop te belasten.’¹³⁰

Bij de bespreking van de veranderingen in het hypotheek- en verhaalsrecht door de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 hierna zal duidelijk worden dat de wetgever voor deze ontwikkelingen niet blind is geweest.

2.5 Het huidige Burgerlijk Wetboek

Enige jaren na de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 ondernamen diverse pogingen tot wijziging van het hypotheekrecht.¹³¹ De voor dit

¹²⁸ Zie over de totstandkoming van de *lex Hartogh* nader Hartogh & Cosman 1897; Stein 1991, p. 163-164.

¹²⁹ Hartogh & Cosman 1897, p. XXV-XXVI.

¹³⁰ Heuff 1988, p. 104. Vgl. Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5 en 6), p. 223 (MvT).

¹³¹ Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 250, waar ook een aantal wijzigingen in het hypotheekrecht is vermeld.

onderzoek belangrijkste codificatie deed zich voor met de invoering van het (huidige) Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992.¹³² De afdeling betreffende het hypotheekrecht werd weliswaar niet op uitgangspunten gewijzigd, maar wel werden, in de woorden van Van Velten, ‘de reeds zo lang bepleite verbeteringen [...] eindelijk aangebracht, grotendeels op het voetspoor van vroegere ontwerpen.’¹³³

Uit de toelichting van Meijers met betrekking tot de in het Ontwerp-Meijers voorgestelde regeling van het hypotheekrecht blijkt dat de voorgestelde wijzigingen voornamelijk betrekking hebben op de executoriale verkoop(procedure):

‘Ook het huidige ontwerp heeft in hoofdzaak ten doel te komen tot een betere regeling van het huurbeding, de executie, de zuivering en de rechtsgevolgen van het vestigen van zakelijke rechten op een goed na de vestiging van een hypotheek.’¹³⁴

In dit onderdeel komen de wijzigingen in de executoriale verkoopprocedure door de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 kort ter sprake. Het gaat om een korte toelichting, omdat zij in de volgende hoofdstukken nog uitgebreid worden besproken.

2.5.1 De gewijzigde verhaalsmogelijkheden

Een belangrijke wijziging in het Burgerlijk Wetboek van 1992 betreft de wijze waarop de hypotheekhouder het verhaal van zijn vordering kan doen plaatsvinden. De executoriale verkoopprocedure zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek van 1838, kon niet rekenen op veel steun van Meijers:

‘De bestaande regeling wordt eenstemmig afgekeurd. Wat de eerste mogelijkheid [de mogelijkheid van gerechtelijke uitwinning, IV] betreft, het is een niet te verdedigen stelsel, dat de hypothecaire schuldeiser dezelfde regels in acht moet nemen als iedere andere schuldeiser die op onroerende goederen van de schuldenaar verhaal wil zoeken. De pandhouder heeft krachtens zijn pandrecht het recht van parate executie. Het is niet wel in te zien, waarom de hypotheekhouder een met zijn recht van hypotheek corresponderend recht van parate executie moet missen. Ook het verhaalsrecht op grond van artikel 1223 lid 2 B.W. voldoet niet. De Hoge Raad beschouwt deze verkoop als een willige verkoop, waarbij de hypotheekhouder verkoopt als lasthebber van de eigenaar.

¹³² Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is overigens in 2002 nog grondig herzien met de invoering van de Wet Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. De belangrijkste materiële en formele procesrechtelijke wijzigingen voor het verhaalsrecht van de hypothecaire schuldeiser hebben echter plaatsgevonden met de invoering van het huidige BW in 1992. Zie nader over de veranderingen in Rv per 1 januari 2002 o.m. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 22.

¹³³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 251.

¹³⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 805 (TM).

Aan deze leer verbindt de Hoge Raad verschillende gevolgen, die met de eisen van de praktijk in strijd zijn.¹³⁵

De procedure van art. 1223 lid 3 OBW die, zoals in onderdeel 2.4.1 besproken, aanvankelijk positief werd ontvangen, bleek ongeveer honderd jaar later toe aan vervanging. Meijers stelde een andere wijze van executoriale verkoop voor, waarbij het *bedingen* van de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid niet langer nodig was. Bovendien kreeg *iedere* hypotheekhouder de bevoegdheid tot parate executie.¹³⁶ Hiermee kon een hypothecaire schuldeiser bij verzuim van de schuldenaar direct, derhalve zonder rechterlijke tussenkomst en zonder dat daartoe een beding in de hypotheekakte nodig was, overgaan tot de executoriale verkoopprocedure.

Hiermee werd een nieuwe stap gezet in de verbetering van de positie van de hypotheekhouder. De hypotheekhouder behield het goederenrechtelijke zekerheidsrecht, terwijl de mogelijkheden tot verhaal werden verbeterd en uitgebreid. De wetgever had hierbij duidelijk de belangen van de hypotheekhouder voor ogen; een visie die ook past in het in onderdeel 4.3.2.1 te bespreken toegenomen belang van de hypothecaire financiering van woonruimte in Nederland.

Aan de mogelijkheid tot verhaal van de hypotheekhouder werd bovendien – in een later stadium in de parlementaire behandeling – nog een tweede mogelijkheid toegevoegd. Bij gewijzigd ontwerp van art. 3.9.4.11 (het huidige art. 3:268 BW) werd namelijk de onderhandse executoriale verkoop geïntroduceerd. Deze wijziging was ingegeven door twee ontwikkelingen, zo blijkt uit de memorie van antwoord:

‘De huidige ontwikkeling op het gebied van onroerende zaken gaat steeds meer in de richting van het stichten van grote gebouwen en gebouwencomplexen, waarvan de bouw onder waarborg van hypotheek gefinancierd wordt. Zulke grote objecten zijn echter niet geschikt om door openbare verkoop te worden verkocht, gezien de grote bedragen waarom het daarbij gaat, en de daarbij betrokken financieringsproblemen. [...] Ook overigens blijkt veiling in de tegenwoordige praktijk steeds minder een geschikt middel om een behoorlijke prijs te verkrijgen.’¹³⁷

De benaming *onderhandse* verkoop is overigens in twee opzichten misleidend. Ten eerste, omdat wel degelijk sprake is van openbaarheid zoals dat begrip is

¹³⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM). Zie over de discussie omtrent de bevoegdheid tot verkoop en overdracht van de hypotheekhouder onderdeel 6.3.1.

¹³⁶ Met uiteraard wel een overnemingsrecht voor de hoger gerangschikte hypotheekhouder, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM). Zie over het recht van de hypotheekhouder tot parate executie nader onderdeel 6.1.

¹³⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

uitgewerkt in onderdeel 2.4.2.1. Ten tweede, omdat het hier *wel* een executoriale verkoop betreft, met alle gevolgen van dien. Voor een uitgebreidere bespreking van de verschillen tussen de vrijwillige verkoop, gebaseerd op een overeenkomst tussen hypotheekhouder en hypotheekgever, en de executoriale verkoop, wordt verwezen naar onderdeel 6.4.

In dit verband is nog van belang dat uit de parlementaire geschiedenis bij de introductie van een alternatieve wijze van verhaal nog een belangrijke kanttekening volgt:

‘Zijn er mitsdien belangrijke redenen om de hypotheekhouder als wijze van executie onderhandse verkoop toe te staan, anderzijds dienen de belangen van de direct daarbij betrokkenen voldoende gewaarborgd te worden. Het lid laat daarom de onderhandse verkoop als wijze van executie slechts onder bepaalde voorwaarden toe. Het nieuwe vijfde lid – het tweede lid uit het ontwerp – sluit uit een afwijkend beding te maken.’¹³⁸

Hieruit blijkt dat naast het mogelijk maken van een effectievere en efficiëntere procedure van executoriale verkoop, ook bepaalde waarborgen moeten worden gecreëerd met het oog op de belangen van (onder meer) de hypotheekgever en diens schuldeisers. In het vierde hoofdstuk wordt nader aandacht besteed aan deze balans, die bij het ontwerpen van een wettelijke regeling van verhaal steeds moet worden gevonden, omdat naast het bereiken van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst ook waarborgen ten behoeve van de belanghebbenden moeten worden opgenomen.

Over de nieuwe wijze van executoriale verkoop door de hypotheekhouder stelt Van Velten:

‘De verbeterde executie en met name de verkoop uit de hand is een van de weinige werkelijk nieuwe regelingen die het nieuwe BW heeft gebracht.’¹³⁹

De invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 brengt echter ook andere veranderingen die evenzeer geduid als ‘werkelijk nieuwe regelingen’, zo zal hierna blijken. Met name de wijziging in de regeling van zuivering en rangregeling is een sterke verbetering ten opzichte van het oud-Burgerlijk Wetboek.

2.5.2 De overige wijzigingen in de executoriale verkoopprocedure

In dit onderdeel staat nog een kort overzicht van de overige wijzigingen die de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 bracht. Deze aspecten zullen in de volgende hoofdstukken ook nog ter sprake komen.

¹³⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

¹³⁹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 392.

2.5.2.1 Lossing door de schuldenaar

Ten eerste, op grond van art. 3:269 BW is niet langer alleen een derde, maar ook de schuldenaar zelf bevoegd tot lossing in de zin van art. 3:269 BW. Bij deze wijziging wordt door Meijers veel belang toegekend aan de positie van de schuldenaar bij executoriale verkoop:

‘De schuldeiser, die toch niet meer dan het aangeboden bedrag dat [bedoeld zal zijn: uit, IV] het goed kan verkrijgen, mag niet een voor de eigenaar nadelige verkoop doorzetten, alleen omdat hem misschien niet alles wat hij daarenboven nog van de schuldenaar te vorderen heeft, aangeboden wordt.’¹⁴⁰

2.5.2.2 De procedureregels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Een tweede wijziging betreft het vastleggen van de regels voor de uitvoering van de executoriale verkoop in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (zie art. 3:268 lid 4 BW). Een belangrijke reden voor deze wijziging was het schrappen van het voorschrift van plaatselijk gebruik.¹⁴¹ Bij het vaststellen van de regeling voor de executoriale verkoop had de wetgever een eenvoudigere regeling voor ogen, waarbij aan de notaris en de hypotheekhouder de nodige vrijheid werd gegeven de procedure van executoriale verkoop in te richten.¹⁴² Toch zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de nodige procedureregels opgenomen. Deze komen in de volgende hoofdstukken nog uitgebreid ter sprake. Daarom wordt hier volstaan met de signalering dat de wetgever met de vernieuwde procedureregels een vereenvoudiging van de regeling beoogde, waarbij de hypotheekhouder en notaris meer vrijheid kregen om de procedure verder vorm te geven.

2.5.2.3 De regeling van het huurbeding

De invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 ging voorts gepaard met belangrijke wijzigingen in de regeling van het huurbeding. Uit de langdurige parlementaire debatten die aan deze regeling ten grondslag liggen, wordt duidelijk dat de ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek worstelden met de belangenafweging die bij het huurbedingartikel gemaakt moet worden. Aan deze parlementaire debatten en de regeling van het huurbeding wordt uitgebreid aandacht besteed in onderdeel 6.6.1, zodat hier eveneens wordt volstaan met een verwijzing.

¹⁴⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 828 (TM). In het Ontwerp-Meijers was dit overigens nog expliciet opgenomen. Zie over lossing onderdeel 6.2.4.3.

¹⁴¹ Zie onderdeel 2.4.2.2. Zoals aldaar uitgewerkt, bleef voor de aanplakking het plaatselijk gebruik voorgeschreven (art. 516 Rv).

¹⁴² Zie o.m. Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT), waarover ook onderdeel 2.4.2.2.

2.5.2.4 De regeling van betaling, zuivering en verdeling van de executie-opbrengst

Een laatste wijziging betreft de sterk verbeterde regeling van betaling van de koopprijs, zuivering en verdeling van de executieopbrengst. Waarom deze regeling toe was aan verbetering, blijkt uit Meijers' toelichting:

‘Wanneer een goed bezwaard is met meer dan één hypotheek of daarop beslag is gelegd, moet de koper, die zuivering wil, een gerechtelijke rangschikking doen openen. Dit is een kostbare en tijdrovende procedure die niet in het belang van de bij de executie betrokken partijen is. Bovendien heeft de koper niets uit te staan met de geschillen tussen hen, die het niet eens zijn over de verdeling van de koopprijs. Toch beletten deze geschillen, dat de koper in het register als eigenaar van een onbezwaard goed ingeschreven staat.’¹⁴³

In de nieuwe regeling zijn zuivering en rangregeling van elkaar gescheiden, zodat de zuivering van de rechten en beslagen op het goed niet langer afhankelijk is van de verdeling van de koopsom onder de belanghebbenden. Voorts wordt in de regeling de notaris aangewezen als degene aan wie de koopsom betaald moet worden, waardoor niet langer de hypotheekhouder de koopsom ontvangt. De notaris treedt hierbij op als openbaar ambtenaar.

2.5.3 Het wetsvoorstel Executieveilingen

De invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 was de voorlopig laatste wettelijke wijziging van de executoriale verkoopprocedure. Aan het begin van de eenentwintigste eeuw kwam deze procedure echter ter discussie te staan, vanwege berichten over samenspanning en intimidatie bij de openbare veiling, zoals in het volgende hoofdstuk zal worden besproken. Mede naar aanleiding van deze berichtgeving heeft de wetgever een wetsvoorstel gemaakt, teneinde de executoriale verkoop transparanter en toegankelijker te maken. Van dit wetsvoorstel is eerst een conceptversie verschenen voor internetconsultatie op 25 maart 2010.¹⁴⁴ Vervolgens zijn op 22 november 2012 het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁴⁵ In het volgende hoofdstuk staat aanleiding voor dit wetsvoorstel centraal. Tevens wordt de inhoud van het wetsvoorstel kort besproken.

¹⁴³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 830 (TM).

¹⁴⁴ Zie www.internetconsultatie.nl/executieveiling. De consultatie is gesloten op 31 mei 2010.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nrs. 2 en 3.

3. De ontwikkelingen na 1992

3.1 Inleiding

Zoals in onderdeel 2.5.3 al kort ter sprake kwam, kwam de huidige executoriale verkoopprocedure aan het begin van de eenentwintigste eeuw ter discussie te staan. In diverse krantenberichten en de notariële vakliteratuur komen de misstanden bij met name de openbare veiling aan de orde.¹⁴⁶ In een aantal onderzoeken naar (onder meer) de problematiek bij de executoriale verkoop van met name woningen wordt deze berichtgeving grotendeels onderstreept. Ook vormt de berichtgeving aanleiding voor maatregelen in de praktijk van de executoriale verkoop en politieke aandacht voor de executoriale verkoop. Voor een goed begrip van de knelpunten in de huidige procedure van executoriale verkoop komen in dit onderdeel zowel de onderzoeken naar deze procedure als de maatregelen in de praktijk en de politieke aandacht aan de orde.

In dit hoofdstuk wordt ook wel gesproken over de ‘executieveiling’, in plaats van ‘executoriale verkoop’. De reden hiervoor is dat de hier te bespreken problematiek zich lijkt te concentreren bij de executieveiling en ook de daarover verschenen berichten en onderzoeken, alsmede de onder 3.3 te bespreken maatregelen zich hierop richten. Met de term ‘executieveiling’ wordt (tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven) bedoeld de openbare veiling ex art. 519 Rv.

3.2 De knelpunten van de executoriale verkoopprocedure; resultaten uit andere onderzoeken

In dit onderdeel worden drie onderzoeken besproken. Uit deze onderzoeken komt een aantal knelpunten van de executoriale verkoopprocedure naar voren.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Zie voor krantenberichten o.m.: ‘Huisjesmelkers maken misbruik van veiling’, *AD/Haagse Courant* 10 februari 2007; ‘Snelle winst op executiewoning’, *de Volkskrant* 31 oktober 2006; “‘Woekerwinsten bij verkoop veilinghuizen””, *Het Financieele Dagblad* 31 oktober 2006; O. Vermeer, “‘In het café om de hoek is de prijs al afgesproken”. Verstrekker Nationale Hypotheek Garantie stelselmatig benadeeld door fraude met huizen’, *NRC Handelsblad* 19 september 2006; M. Hoexum, ‘Particulier kansloos op veiling van huizen. Vastgoedhandelaren houden de regie in handen’, *Dagblad van het Noorden* 17 februari 2006; M. Rengers, “‘Ook oplichters hebben geen normbesef meer”. Veilingzaal blijft domein van malafide handelaren, aan misstanden is na jaar van overleg niets veranderd’, *de Volkskrant* 5 april 2005. Zie voor notariële vakliteratuur o.m.: Van Heeswijk 2005, p. 51-70; T. Scheltema, “‘Hee Jan! Ben je die Voetjesstraat nog kwijtgeraakt?”. Veilig veilen anno 2005’, *Notariaat Magazine* augustus 2005; J. Vijselaar, ‘Rotterdamse “veilingnotaris” dringt aan op gewijzigde opstelling van banken: prijsafspraken bij veiling nopen tot verandering’, *Notariaat Magazine* maart 2004.

¹⁴⁷ In het rapport van Bovenkerk e.a. 2005 (p. 177 e.v.) wordt in het hoofdstuk ‘Notarissen’ overigens ook aandacht besteed aan de executieveiling. Omdat dit rapport primair ziet op bedreigingen als uitvloeisel van de executoriale verkoop en niet op (de problematiek van) de executoriale verkoop zelf, wordt daaraan in dit onderdeel verder geen aandacht besteed.

Deze onderzoeken bieden inzicht in de huidige problematiek en vormen daarom een basis voor de analyses in de volgende hoofdstukken, samen met de in de krantenberichten en notariële vakliteratuur omschreven problematiek die door deze onderzoeken grotendeels wordt bevestigd.

Bij ieder onderdeel is een korte analyse toegevoegd, ten behoeve van de beschouwingen in de volgende onderdelen. In de analyse wordt besproken op welk niveau de problematiek die de onderzoekers formuleren moet worden aangepakt. Daartoe wordt een indeling op micro- en macroniveau gemaakt, waarbij het microniveau het praktijk- of uitvoeringsniveau en het macroniveau het niveau van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoop-procedure, in het bijzonder wetgeving.

3.2.1 *Ferwerda e.a. 2007*¹⁴⁸

Aan het begin van de eenentwintigste eeuw onderzocht een team van de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Advies- en Onderzoeksgroep Beke in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie de malafide activiteiten in de ‘vastgoedsector’ in Nederland. Dit exploratieve en beschrijvende onderzoek concentreert zich op malafide activiteiten met betrekking tot woningen in de vier grote steden (Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht, in het rapport aangeduid als ‘de G4’). Het onderzoek is gesplitst in twee hoofdthema’s: exploitatie – dat zijn de malafide activiteiten met betrekking tot huisvesting en oneigenlijk gebruik van panden – en speculatie – dat zijn de transacties rond de handel in woningen. Bij dit laatste thema komt ook de ‘executieveiling als locatie voor speculatie’ aan de orde. Het lijkt er overigens op dat Ferwerda e.a. 2007 zich hierbij richten op de executieveiling en niet op de onderhandse executoriale verkoop, nu alleen gesproken wordt over de *executieveiling*. Een extra aanwijzing hiervoor staat op pagina 164 van het rapport, waar gesproken wordt over de mogelijkheden om een ander veilingstelsel te introduceren.

Ten aanzien van de mogelijkheden die Ferwerda e.a. vermelden merk ik nog het volgende op. Zij noemen onder meer de verkoop bij inschrijving. Nu de onderhandse executoriale verkoop in economisch opzicht vergelijkbaar is met een verkoop bij

¹⁴⁸ Het onderzoek van Ferwerda e.a. hangt samen met een onderzoek van Van Gestel. Beide onderzoeken komen voort uit de motie-Dijsselbloem c.s. van 21 juni 2004 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 537, nr. 6 (Herdruk)) die de regering verzoek onderzoek te laten verrichten naar ‘malafide vastgoedactiviteiten in de grote steden en op basis hiervan nadere voorstellen aan de Kamer voor te leggen’. Het voor deze bespreking interessante resultaat uit het onderzoek van Van Gestel is dat zijn onderzoek aantoont dat hypotheekfraude en frauduleuze abc-transacties niet noodzakelijkerwijs samenhangen met de problematiek van de executieveiling (Van Gestel 2008, p. 13-14, 50-51). Vanwege het geringe belang voor de verdere analyse in dit onderdeel, wordt het onderzoek van Van Gestel hier niet nader besproken.

inschrijving (zie onderdeel 4.4.1.3), lijken de onderzoekers over het hoofd te zien dat dit alternatief al bestaat.

Ferwerda e.a. constateren dat de opbrengst bij de executieveiling van woningen gemiddeld 70% is van de waarde op de reguliere markt. Een oorzaak daarvoor is de ten opzichte van de reguliere verkoop afwijkende risicoverdeling. Daarnaast stellen Ferwerda e.a. vast:

‘De afwijkende risicoverdeling is echter niet de enige factor die debet is aan die lage opbrengsten; ook het systeem van de executieveiling is zeer gevoelig voor prijsbeïnvloeding.’¹⁴⁹

De executieveiling wordt door de onderzoekers gezien als een ‘kwetsbare locatie voor prijsafspraken’. Een reden hiervoor is de afwezigheid van particulieren:

‘Er is een groot aantal factoren aanwezig waardoor het voor particulieren onaantrekkelijk is om op een veiling een pand te kopen. Het is bijvoorbeeld bij een gebrek of non-conformiteit niet mogelijk de schade te verhalen op de verkopende partij, in deze de hypotheekhouder. Ook het veilingssysteem zelf, dat stalen zenuwen vereist, schrikt af. Dit brengt met zich mee dat de kopers voor een groot deel vastgoedhandelaren zijn die dit risico wel kunnen lopen. Zij kopen panden ook niet om daar zelf te gaan wonen, maar puur om ermee te speculeren. Vooral voor ongewilde panden uit achterstandswijken, waar het risico op achterstallig onderhoud groot is, blijft er op een veiling maar een beperkt aantal geïnteresseerden over. Die handelaren kennen elkaar en weten van elkaar wie er geïnteresseerd is in welk soort panden en in welke gedeelten van de stad. De afwezigheid van andere potentiële bidders maakt het aantrekkelijk voor de handelaren om van tevoren af te spreken wie voor welke panden gaat, zodat men niet in elkaars vaarwater komt en men niet onnodig voor elkaar de prijs gaat opdrijven door mee te bieden. Aangenomen kan worden dat dit gebeurt.’¹⁵⁰

Dat voornamelijk ‘onroerendgoedhandelaren’ op de executieveiling actief zijn, blijkt overigens ook uit een brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer.¹⁵¹ Op basis van cijfers van het Kadaster stelt de minister dat het merendeel (80%) van de op de executieveiling verkochte woningen binnen gemiddeld iets meer dan vier maanden is

¹⁴⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 118.

¹⁵⁰ Ferwerda e.a. 2007, p. 119-120. Zie ook Keirse e.a. 2009, p. 239-240: ‘Het grootste struikelblok is de beperkte mogelijkheid om de woning vooraf te bezichtigen. Hoewel de bedingen in de hypotheekakten in combinatie met de wet mogelijkheden bieden voor bezichtigingen vooraf, zijn banken en deurwaarders onzeker over het afdwingen. Daarnaast moet bij de veilingverkoop een particulier van te voren al een verklaring van goedgeheid hebben, wat niet gemakkelijk te verkrijgen is voor een particuliere koper. En er is meer. Wie koopt op een executieveiling zal op grond van artikel 7:19 BW in beginsel geen gebruik kunnen maken van een eventuele actie uit non-conformiteit en kan daarmee niet de schade verhalen op de verkoper. Hetzelfde geldt voor verkoop bij wijze van parate executie. Een ander probleem kan de eventuele verhuur van de woning zijn.’

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 076, nr. 5, p. 2 (Brief van de minister van Justitie). Zie over deze brief ook onderdeel 3.3.2.1.

doorverkocht. Het is dan ook aannemelijk dat ‘executieveilingen vooral het domein vormen waarop vastgoedhandelaren actief zijn’, aldus de minister. Daarbij merk ik op dat dit op zichzelf genomen niet problematisch is, maar wel indien dit prijsafspraken in de hand zou werken.

Naast de prijsafspraken, vormen ook intimidatie en bedreiging een probleem volgens Ferwerda e.a.:

‘Het komt voor dat particulieren die interesse blijken te hebben in een bepaald pand worden weggekocht, of zelfs worden geïntimideerd of bedreigd [...]. Intimidatie als middel om het biedproces te beïnvloeden, komt ook volgens onze respondenten veelvuldig voor, zowel in minder ernstige als in ernstige vorm. Meestal heeft de intimidatie als doel te voorkomen dat wordt meegeboden of dat hoger wordt geboden.’¹⁵²

De onderzoekers zijn met name kritisch over het systeem van de executieveiling. Dit systeem wordt als ‘een punt van zorg’ aangeduid, nu het ‘een zeer gesloten circuit met eigen informele spelregels’ is.¹⁵³

Hieruit volgt in mijn ogen dat getwijfeld kan worden aan de *openbaarheid* van de executoriale verkoop, in onderdeel 2.4.2.1 uitgewerkt als de toegankelijkheid van de executoriale verkoop voor een ieder.

Ten slotte wordt door Ferwerda e.a. de ‘illegale exploitatie van de panden’ als probleem gesignaleerd, waarbij het kan gaan om wietteelt, illegale verhuur en (ernstige) overbewoning.¹⁵⁴ De illegale exploitatie beïnvloedt het biedproces in de eerste plaats, omdat zij bepaalde bidders afschrikt, waardoor er maar een kleine groep bidders overblijft. Ook de bescherming van huurders vormt een probleem:

‘Deze bescherming maakt het voor particulieren risicovol een pand te kopen waarin mogelijk huurders zitten. Bovendien kunnen de huurcontracten geantidateerd [*sic*] worden, waardoor particulieren er moedwillig ingeluisd zouden kunnen worden. Dit speelt malafide vastgoedhandelaren en huisjesmelkers in de kaart.’¹⁵⁵

Analyse: niveau van aanpak van de door Ferwerda e.a. gesignaleerde problematiek

De afwijkende risicoverdeling en vergaande huurbescherming spelen op macroniveau, terwijl de problematiek van misbruik van de huurbescherming, de geringe transparantie van het veilingssysteem voor ‘nieuwkomers’, de vatbaarheid van het veilingssysteem voor spanning en intimidatie en de inrichting van de veilingzaal op microniveau spelen. Dat een aantal van deze

¹⁵² Ferwerda e.a. 2007, p. 121.

¹⁵³ Ferwerda e.a. 2007, p. 164.

¹⁵⁴ Ferwerda e.a. 2007, p. 123-124.

¹⁵⁵ Ferwerda e.a. 2007, p. 124.

knelpunten op microniveau reeds zijn aangepakt, komt in onderdeel 3.3.1 ter sprake. Voor de door Ferwerda e.a. gesignaleerde knelpunten op macroniveau zal in de navolgende hoofdstukken worden onderzocht in hoeverre hiervoor oplossingen zijn te vinden.

3.2.2 Brounen 2008

In zijn oratie uit 2008 gaat Brounen in op de opbrengsten bij de executieveiling. Hij toont daarbij aan dat de opbrengst bij de executieveiling van woningen aanzienlijk lager is dan de marktwaarde van die woningen.¹⁵⁶ Brounen vergelijkt in zijn onderzoek de opbrengst bij de executieveiling met de geschatte marktwaarde van 290 woningen in de periode 2005-2008.¹⁵⁷ Hieruit komt een gemiddeld verschil van maar liefst 37% naar voren. Het prijsverschil dat Brounen noemt is nog hoger dan wat Ferwerda e.a. (30%) en de minister van Justitie (26% in 2004) eerder schatten.¹⁵⁸

Volgens Brounen ligt het prijsverschil niet zozeer in de 'veiling als verkoopkanaal', omdat de verschillen tussen de veilingopbrengst en marktwaarde bij de *vrijwillige* veiling 'aanzienlijk kleiner' zijn.¹⁵⁹ Het verschil ligt naar zijn mening in andere factoren, namelijk de asymmetrische informatie ten aanzien van de staat van onderhoud van de woning en de kostenstructuur.¹⁶⁰ Naar de kostenstructuur bij de executoriale verkoop heeft Brounen geen onderzoek gedaan, maar over de staat van onderhoud van de woning merkt hij op:

'De prijskorting is het hoogst voor vooroorlogse vrijstaande- en bovenwoningen, die in omvang afwijken van het gemiddelde en gesitueerd zijn in arme wijken. [...] De staat van onderhoud lijkt daarbij de leidende factor. In oude en grote woningen is naar verwachting het meeste onderhoud te verrichten. In arme wijken is de kans het grootst dat het onderhoud niet is volbracht. Daar kopers op de executieveiling doorgaans niet bekend zijn met de exacte staat van onderhoud van het aangeboden pand, lijkt geheel

¹⁵⁶ Brounen 2008, p. 22-32. Evenals werd opgemerkt bij het onderzoek van Ferwerda e.a. (onderdeel 3.2.1) lijkt ook dit onderzoek alleen gericht op de openbare executoriale verkoop, omdat steeds gesproken wordt over de executieveiling.

¹⁵⁷ De geschatte marktprijs van de woningen kwam tot stand door middel van het hedonistische prijsmodel, waarbij op basis van waardebepalende kenmerken de woningen van een marktprijs worden voorzien (Brounen 2008, p. 23-24).

¹⁵⁸ Ferwerda e.a. 2007, p. 118. De minister van Justitie stelt op basis van cijfers van het Kadaster dat de gemiddelde verkoopprijs bij executoriale verkoop in 2004 €152.500,- is, terwijl de landelijk gemiddelde verkoopprijs op dat moment €212.729,- was. In dat laatste cijfer lijken overigens de prijzen van de executoriale verkopen te zijn meegenomen. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 076, nr. 5, p. 2 (Brief van de minister van Justitie). Bij antwoorden op recentere Kamervragen hanteert de minister van Veiligheid en Justitie overigens het door Brounen onderzochte percentage (37%, zie *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2224).

¹⁵⁹ Brounen 2008, p. 27.

¹⁶⁰ Brounen 2008, p. 28.

volgens de gedachten van Akerlof (1970) uit voorzorg al een prijskorting te worden verpakt die eventuele onderhoudskosten moet ondervangen.’¹⁶¹

Analyse: niveau van aanpak van de door Brounen gesignaleerde problematiek

Het belang van informatievoorziening voor het uitbrengen van een reëel bod bij de executoriale verkoop komt in onderdeel 4.4.2 uitgebreid aan de orde, waarbij ook het onderzoek van Akerlof nader ter sprake komt. Ook het kostenaspect dat Brounen kort aanstipt zal in het volgende hoofdstuk nader worden beschouwd, op zowel macro- als microniveau.

Voor dit onderdeel verdient nog aandacht dat, anders dan Brounen betoogt, het systeem van de executieveiling echter wel degelijk deels debet is aan lagere opbrengsten. Dat dit systeem vatbaar is voor samenspanning en andere vormen van prijsbeïnvloeding, met lagere opbrengsten als gevolg, blijkt uit de onderzoeken van Ferwerda e.a. (onderdeel 3.2.1) en de NMa (onderdeel 3.2.3). Hoewel zowel bij de vrijwillige als bij de executieveiling eenzelfde verkoopwijze wordt gehanteerd, zou de *uitvoering* ervan in de praktijk een verklaring kunnen bieden voor het verschil in opbrengst. Zo noemen zowel Ferwerda e.a. als de NMa het geringe aantal bidders en de gesloten, informele cultuur als factoren die bijdragen aan samenspanning en andere vormen van prijsbeïnvloeding. In het onderzoek van Brounen, noch in het onderzoek van Ferwerda e.a. en de NMa is meegenomen of deze factoren ook bij de vrijwillige veiling aanwezig zijn. Wel geven Ferwerda e.a. aan dat het geringe aantal bidders deels te wijten is aan de onaantrekkelijkheid van de executieveiling voor particulieren.¹⁶² Omdat bij de vrijwillige veiling veelal andere voorwaarden gelden, zou deze veiling aantrekkelijker kunnen zijn voor particulieren en daarmee meer bidders kunnen aantrekken. Hierover bestaan echter als gezegd geen onderzoeksgegevens, zodat met deze conclusie voorzichtigheid moet worden betracht.

3.2.3 Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) 2009

Ook de NMa richt haar aandacht op de executieveiling, om te onderzoeken of de in de media genoemde prijsafspraken in strijd komen met het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet). Reeds naar aanleiding van de eerste berichten over misstanden bij de executieveiling doet de NMa enig onderzoek maar, zo blijkt uit antwoorden van de minister van Justitie tijdens het Kamerdebat over executieveilingen, de NMa besluit hierop in eerste instantie af te zien van verder onderzoek.¹⁶³ Het onderzoek levert namelijk geen concrete aanwijzingen op van overtreding van het kartelverbod. De NMa wacht daarom de uitkomsten van

¹⁶¹ Brounen 2008, p. 29.

¹⁶² Zie onderdeel 3.2.1. Zie ook onderdeel 3.2.3.

¹⁶³ *Handelingen II* 2004/05, 72, p. 4430 (Interpellatie Depla). Zie ook: ‘NMa pleit voor betere en grotere huizenveilingen’, Nieuwsbericht NMa 18 januari 2006, www.nma.nl.

initiatieven die reeds door de KNB zijn genomen worden.¹⁶⁴ Wel uit de NMa haar zorgen over het systeem van de executieveiling:

‘[w]el constateert de NMa dat met name kleinere executieveilingen van huizen zich kenmerken door een gesloten, informele cultuur, waardoor het risico op samenspanning door onroerendgoedhandelaren groter wordt.’¹⁶⁵

De NMa adviseert dan ook om ‘grotere veilingen, in het bijzonder regionale veilingen, te organiseren en hieraan zoveel mogelijk publiciteit te geven’, teneinde de concurrentie onder bidders te vergroten en het risico op samenspanning te verminderen. In onderdeel 3.3.1.1 zal blijken dat aan deze oproep gehoor wordt gegeven.

In 2009 ging de NMa alsnog over tot een grootschalig onderzoek naar kartelvorming bij de executieveiling, omdat zij door ‘verkregen informatie’ vermoedde dat er kartelafspraken worden gemaakt tussen ‘onroerend-goedhandelaren’.¹⁶⁶ Op 28 april 2011 werden de uitkomsten van het onderzoek gepresenteerd:

‘De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft rapporten opgemaakt tegen 15 personen die via executieveilingen handelen in onroerend goed, zoals woonhuizen en bedrijfspanden. De toezichthouder verdenkt hen van kartelafspraken. [...] De vermeende kartelafspraken vonden plaats vanaf juni 2000 tot in ieder geval december 2009 op circa 3000 executieveilingen door heel Nederland. De 15 handelaren die nu een rapport krijgen, waren actief op tenminste 350 tot (in enkele gevallen) meer dan 1000 mogelijk beïnvloede executieveilingen.’¹⁶⁷

Analyse

De NMa bevestigde in 2011 het beeld uit de krantenberichten, vakpublicaties en de hierboven besproken onderzoeken. Het onderzoek van de NMa vormde destijds overigens opnieuw aanleiding voor een berichtgeving over de executieveiling in de media en vakliteratuur, ditmaal zowel positief als negatief.¹⁶⁸ Naast deze berichtgeving werd ook in de politiek opnieuw aandacht

¹⁶⁴ Zie daarover onderdeel 3.3.1.

¹⁶⁵ ‘NMa pleit voor betere en grotere huizenveilingen’, Nieuwsbericht NMa 18 januari 2006, www.nma.nl.

¹⁶⁶ ‘NMa onderzoekt executieveilingen’, Nieuwsbericht NMa 20 oktober 2009, www.nma.nl. Zie ook: ‘NMa bevraagt samenleving over ervaringen met executieveilingen’, Nieuwsbericht NMa 23 november 2009, www.nma.nl.

¹⁶⁷ ‘NMa verdenkt handelaren huizenveilingen van kartelafspraken’, Nieuwsbericht NMa 28 april 2011, www.nmanet.nl. Zie ook ‘Woningbezitter bij huizenveiling jarenlang gedupeerd door kartel’, Nieuwsbericht NMa 15 december 2011, www.nma.nl. Daaruit blijkt dat uiteindelijk aan 14 handelaren boetes van in totaal €6.300.000,- zijn opgelegd.

¹⁶⁸ ‘Huizenveilingen. 2.000 woningbezitters gedupeerd door afspraken bij gedwongen verkoop’, *de Volkskrant* 16 december 2011; D. Bremmer, ‘Notarissen twijfelen aan →

gevraagd voor de executoriale verkoop. Dit komt in het volgende onderdeel nog ter sprake. Daarbij komt ook aan de orde dat de door de NMa gesignaleerde knelpunten voornamelijk op microniveau spelen en dat op dit niveau maatregelen zijn getroffen ter voorkoming van prijsafspraken.

3.3 De ontwikkelingen in de praktijk en de politiek

De berichtgeving in de media vormt aanleiding voor diverse initiatieven tot verbetering van de executoriale verkoopprocedure in de praktijk en aandacht voor de problematiek in de politiek. Voor een goed beeld van deze ontwikkelingen en de huidige stand van zaken worden de praktijkinitiatieven en politieke ontwikkelingen hier achtereenvolgens besproken.

3.3.1 De ontwikkelingen in de praktijk; regionalisering, formalisering en uniformering van de veilingprocedure

Ten tijde van de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 werd op veel plaatsen in Nederland nog lokaal geveild. Woningen die via de executieveiling werden verkocht, veilde men veelal in de plaats waar die woningen gelegen waren.¹⁶⁹ Bovendien werd, zoals in onder 2.4.2.2 al besproken, zes jaar na invoering van het BW (waarin het voorschrift van plaatselijk gebruik werd geschrapt) het plaatselijk gebruik bij veruit de meeste executieveilingen nog toegepast. Hoe anders ziet het executieveilinglandschap er momenteel uit. Op dit moment is Nederland ingedeeld in een zestiental (door de Federatie van Regioveilingen erkende) regio's: dertien regionale veilingen en drie stadsveilingen (Amsterdam, Rotterdam en 's-Gravenhage).¹⁷⁰ Hoewel tussen deze executieveilingen wel enige verschillen zijn aan te wijzen, waarbij met name de Eerste Amsterdamse Onroerend Goed Veiling afwijkt qua opzet en procedure,¹⁷¹ verlopen deze veilingen in grote lijnen op dezelfde wijze. In dit onderdeel wordt

huizenveiling', *Algemeen Dagblad* 10 mei 2011, p. 21; M. Rengers & Y. Doorduyn, 'De buit werd al in 2004 verdeeld', *de Volkskrant* 29 april 2011, p. 25; S. Blok, "'Afspraken? De NMa loopt achter de feiten aan'", *de Volkskrant* 29 april 2011, p. 25; 'Verboden prijsafspraken bij veilingen', *NRC Handelsblad* 28 april 2011, p. 25. Op 25 maart 2012 besteedt het tv-programma Brandpunt aandacht aan het NMa-onderzoek, in het tv-programma Zembla komt de executoriale verkoop aan bod in de uitzending 'Horrorhypotheek' op 24 februari 2012.

¹⁶⁹ In 1995 oordeelde de president van de Rechtbank Amsterdam echter al dat er geen bezwaar is tegen de veiling in Amsterdam van een in Utrecht gelegen pand ten overstaan van een elders gevestigde notaris: Pres. Rb. Amsterdam 16 januari 1995, rolnr. KG 95/114TG (niet gepubl.), te vinden bij: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 395.

¹⁷⁰ Albers-Dingemans 2011, p. 344.

¹⁷¹ Zie voor de procedure bij de Eerste Amsterdamse Onroerend Goed Veiling (EAOGV) www.mva.nl/veiling. Belangrijke afwijkingen ten opzichte van het 'landelijke systeem' zijn de inzet van (directie-)makelaars bij de organisatie van en het biedproces tijdens de executoriale verkoop en het afwijkende systeem van inzet en afmijning.

besproken hoe deze wijzigingen tot stand zijn gekomen, aan de hand van de kernwoorden regionalisering, formalisering en uniformering. Aan het slot van dit onderdeel komen nog twee andere ontwikkelingen ter verbetering van de executoriale verkoopprocedure in de praktijk ter sprake: het gebruik van internet en het meer invoeren van het beheerbeding en beding van onder zich nemen.

3.3.1.1 Regionalisering

Aan het begin van de eenentwintigste eeuw groeide het besef dat de problematiek van samenspanning en andere vormen van prijsbeïnvloeding in de hand worden gewerkt door de opzet van de executieveiling. Diverse publicaties getuigen van dit groeiend besef. In het *Notariaat Magazine* van augustus 2005 werd aandacht besteed aan de geruchten over samenspanning en intimidatie bij de executieveiling. Uit een citaat van een ‘onroerendgoedhandelaar’ wordt duidelijk dat met name de kleinere executieveiling hier vatbaar voor was:

‘Je zit wel eens met veertig man in de zaal, maar eigenlijk ben je met z’n drieën. Als de bank er niet is om bij te dragen aan een reële opbrengst, gaat er een knipoog door de zaal, van jongens: we stoppen ermee! Zeker bij veilingen in kleinere plaatsen als Dreumel of Tiel is de kans groot dat ze je vragen om mee te doen. Dan gaat zo’n man naast je zitten en vraagt waar je voor komt, en probeert je vervolgens weg te kopen met een paar duizend euro.’¹⁷²

De hier beschreven situatie kwam ook in het in onderdeel 3.2.1 besproken onderzoek van Ferwerda e.a. naar voren. Het geringe aantal bidders werd daar genoemd als factor die het aantrekkelijk maakt om (prijs)afspraken te maken.¹⁷³ De NMa noemde in 2006 de ‘gesloten, informele structuur bij met name de kleinere openbare verkoop’ eveneens een belangrijke factor voor samenspanning.¹⁷⁴

De *omvang* van de executieveiling is derhalve een aspect dat bijdraagt aan de problematiek. Het is dan ook niet verwonderlijk dat diverse organisaties, naar aanleiding van de berichtgeving, pleitten voor bundeling van executieveilingen. Op dat moment was in elk geval in de grote steden, het Gooi en Haarlem al sprake van een executieveiling van meerdere onroerende zaken uit een regio op hetzelfde tijdstip en dezelfde plaats.¹⁷⁵ De berichtgeving over de problematiek

¹⁷² Citaat afkomstig uit: T. Scheltema, “‘Hee Jan! Ben je die Voetjesstraat nog kwijtgeraakt?’”. Veilig veilen anno 2005’, *Notariaat Magazine* augustus 2005, p. 11.

¹⁷³ Ferwerda e.a. 2007, p. 120.

¹⁷⁴ ‘NMa pleit voor betere en grotere huizenveilingen’, Nieuwsbericht NMa 18 januari 2006, www.nma.nl. Zie onderdeel 3.2.3.

¹⁷⁵ Bekende voorbeelden van geclusterde (executie)veilingen in de grote steden zijn de veilingen van het Venduhuis der Notarissen in Den Haag (opgericht in 1812), het Vendu Notarishuis in Rotterdam (opgericht in 1936) en de Eerste Amsterdamse Onroerend Goed Veiling (opgericht medio negentiende eeuw). Zie respectievelijk →

van de executieveilingen zorgde ervoor dat diverse personen en organisatie pleitten voor een verdere bundeling van executieveilingen op andere plaatsen. Een voorbeeld is het pleidooi van notaris Van Heeswijk in het *Notariaat Magazine* van maart 2004:

‘De Rotterdamse notaris pleit ook voor veilingen op vaste plaatsen en tijdstippen op hooguit veertig plaatsen verspreid over heel Nederland. “Een van de problemen nu is dat er te weinig mensen op een veiling komen om serieus tegenwicht te bieden tegen de handelaren. Als er minder veilingen worden gehouden, komen er meer mensen per keer. Dan kun je pas echt effectief tegen handelaren optreden. Er zijn nu eenmaal altijd mensen die niet met die groep willen meebieden. In Rotterdam werken we al op deze manier en ik merk dat het effect heeft.”’¹⁷⁶

Ook in de hierna nog te bespreken *Golden Rules* van de KNB van mei 2004 werd gewezen op de ‘voordelen van het regionaal organiseren van de veilingen’.¹⁷⁷ Destijds was de KNB overigens (nog) geen voorstander van een landelijke regionalisering:

‘Uiteraard biedt centralisatie niet voor elke regio en voor elk pand de beste oplossing. Gezien de toename van het aantal executieveilingen en het belang van een goede organisatie, ervaren deskundigen, ruime publiciteit en zo veel mogelijk gegadigden wordt echter aanbevolen te onderzoeken of deze vorm van samenwerking in meer regio’s mogelijk is.’¹⁷⁸

In de jaren die volgden werd gewerkt aan verdere bundeling van executieveiling. Uit het verslag van een bijeenkomst tussen veilingorganisaties en samenwerkingsverbanden van notarissen, gehouden in 2005, wordt duidelijk dat de clustering van executieveilingen steeds verder doorzette.¹⁷⁹ Twee jaar later meldde de KNB dat op ten minste vijftien plaatsen in Nederland geclusterde executieveilingen, inmiddels ook wel regionale executieveilingen genaamd, plaatsvinden. De KNB lijkt zich dan niet langer op het standpunt te stellen dat regionalisering niet voor iedere regio en ieder pand geschikt is:

‘Naast de reeds bekende veilinghuizen in grote steden als bijvoorbeeld Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Den Haag en Arnhem heeft een concentratie van regionale veilingen

www.notarishuis.com en www.mva.nl/veiling. Uit “Golden Rules” voor de executieveiling’, *Notariaat Magazine* mei 2004 blijkt dat in 2004 reeds sprake is van geclusterde veilingen in de regio’s het Gooi en Haarlem.

¹⁷⁶ J. Vijselaar, *Notariaat Magazine* maart 2004.

¹⁷⁷ “Golden rules” voor de executieveiling’, *Notariaat Magazine* mei 2004. De NMa adviseerde in 2006 ook om executieveilingen regionaal te organiseren en zo het risico op samenspanning te verkleinen: ‘NMa pleit voor betere en grotere huizenveilingen’, Nieuwsbericht NMa 18 januari 2006, www.nma.nl. Zie onderdeel 3.2.3.

¹⁷⁸ “Golden rules” voor de executieveiling’, *Notariaat Magazine* mei 2004.

¹⁷⁹ ‘Samenvatting van het verslag Bijeenkomst Veilingorganisaties op dinsdag 8 november 2005 te Utrecht’, via KNB NotarisNet (alleen toegankelijk voor abonnees).

plaatsgevonden. Inmiddels wordt op ten minste vijftien plaatsen in Nederland regionaal geveild. Dit leidt tot een betere organisatie en ordehandhaving, betere wijze van bekendmaking, en trekt meer gegadigden.¹⁸⁰

Het proces van regionalisering lijkt verder gestimuleerd te zijn door de toename van het aantal executieveilingen. De toename van het aantal executieveilingen in de jaren 2002-2012 is af te lezen uit tabel 3.1, waarin de cijfers van het Kadaster over het aantal executieveilingen in die jaren staan.¹⁸¹ In het jaar dat de aandacht in krantenberichten, vakliteratuur en politiek ontstaat, 2004, is de stijging het grootst. Waar het aantal tot 2003 onder de 1.000 blijft, is in 2012 het aantal opgelopen naar 2.488 executieveilingen per jaar. De jaren 2007, 2010 en 2012 laten lichte dalingen zien ten opzichte van het voorgaande jaar, terwijl 2011 juist een grote stijging vertoont.¹⁸²

<i>Jaar</i>	<i>Aantal executieveilingen</i>	<i>Stijging (t.o.v. voorgaande jaar, in percentage)</i>
2002	695	
2003	967	39 %
2004	1.507	56 %
2005	1.911	27 %
2006	1.961	3 %
2007	1.811	-8 %
2008	1.961	8 %
2009	2.256	15 %
2010	2.086	-8 %
2011	2.811	35 %
2012	2.488	-11 %

Tabel 3.1: aantal executieveilingen 2002-2012

De toename van het aantal executieveilingen maakt het des te interessanter onderzoek te doen naar de mogelijkheden van bundeling van deze veilingen op één plaats.¹⁸³ Dat maakt de organisatie van de executieveiling ook efficiënter, zo stelt notaris Helmig:

¹⁸⁰ 'Overzicht activiteiten KNB in verband met malafide praktijken in het vastgoed', *Notariaat Magazine* oktober 2007, p. 23. Vgl. ook het standpunt van de KNB, af te leiden uit: 'Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken (2)', *Notariaat Magazine* februari 2006, p. 28: 'Door concentratie kan heel wat veilingleed worden voorkomen. In een aantal regio's bleek door diverse omstandigheden de onderlinge coördinatie (nog) niet van de grond te komen. Alle aanwezigen realiseerden zich echter het belang van een regionale aanpak. Hier ligt ook een taak voor de ringbesturen.'

¹⁸¹ De cijfers over 2002 en 2003 zijn afkomstig uit de brief van de minister van Justitie van 15 juni 2005, die voor deze cijfers verwijst naar het Kadaster. Zie: *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nr. 4, p. 3. De cijfers over 2004-2011 zijn verkregen via www.kadaster.nl/perskamer/vastgoedcijfers.html.

¹⁸² Naar de oorzaken voor deze stijging is (nog) geen onderzoek gedaan.

¹⁸³ Vgl. "'Golden rules" voor de executieveiling', *Notariaat Magazine* mei 2004; E. Feitsma, 'Eenmaal, andermaal', *BankWereld* nummer 3, oktober 2009, p. 9. Een andere maatregel die banken hebben genomen teneinde de opbrengst bij executoriale →

‘Als een notaris een pand veilt in Surhuisterveen en er is op dezelfde avond een veiling van tien panden in Groningen, dan ga je naar Groningen. Als je veilingen bundelt, komen er meer mensen op af en stijgen de prijzen.’¹⁸⁴

Naast de stijging van het aantal executieveilingen, is voor het proces van regionalisering ook van belang dat de opbrengsten bij de executieveiling (ver) achterblijven bij de opbrengsten van de reguliere verkoop. Uit de hiervoor besproken onderzoeken van Ferwerda e.a. en Brounen bleek al dat de opbrengst veel lager is dan de marge van 15% waarmee gebruikelijk bij de verstrekking van de hypothecaire financiering gerekend wordt. Een bericht van de KNB van 7 mei 2009 bevestigt dat de toename van het aantal executieveilingen en de tegenvallende opbrengsten een belangrijke aanleiding vormden om het systeem te herzien:

‘Vorig jaar werden ongeveer tweeduizend woningen via een veiling verkocht. Verwacht wordt dat dit aantal door de recessie zal toenemen. Ook bleek onlangs uit onderzoek dat woningen op een veiling gemiddeld 37 procent minder opleveren dan bij een normale verkoop, waardoor banken met een forse restschuld blijven zitten. Reden te meer om met alle banken, de Nationale Hypotheekgarantie en de notarissen te werken aan een beter systeem.’¹⁸⁵

Deze ontwikkelingen hebben tot gevolg dat in mei 2009 ruim dertig regionale executieveilingen bestaan.¹⁸⁶ De volgende grote stap kwam met de landelijke indeling in zestien regio’s. Hiermee werden reeds bestaande regionale executieveilingen samengevoegd, opgeheven dan wel werden nieuwe regionale executieveilingen tot stand gebracht. De wens om te komen tot een beperkt aantal regio’s is afkomstig van een aantal banken en ondersteund door de KNB en de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB).¹⁸⁷ Ook de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (Stichting WEW) drong er, naar aanleiding van het in onderdeel 3.2.2 besproken onderzoek van Brounen, bij financiers en het notariaat aan

verkoop te verhogen is het meebieden op de veiling, zie “Golden rules” voor de executieveiling’, *Notariaat Magazine* mei 2004; J. Vijselaar, ‘Rotterdamse “veilingnotaris” dringt aan op gewijzigde opstelling van banken: prijsafspraken bij veiling nopen tot verandering’, *Notariaat Magazine* maart 2004.

¹⁸⁴ Citaat afkomstig uit: W. van Hoeflaken, ‘Met meer transparantie: Hogere opbrengst executieveilingen’, *Notariaat Magazine* juni 2009.

¹⁸⁵ ‘Huizenveiling moet aantrekkelijker’, Nieuwsbrief KNB 7 mei 2009 (via KNB NotarisNet, alleen toegankelijk voor abonnees).

¹⁸⁶ ‘Huizenveiling moet aantrekkelijker’, Nieuwsbrief KNB 7 mei 2009 (via KNB NotarisNet, alleen toegankelijk voor abonnees).

¹⁸⁷ E. Feitsma, ‘Eenmaal, andermaal’, *BankWereld* nummer 3, oktober 2009, p. 9.

op 'een landelijke regie op de organisatie van regionale veilingen met een transparante kostenstructuur'.¹⁸⁸

Uiteindelijk kwam een indeling in zestien regio's tot stand: dertien regionale executieveilingen en drie executieveilingen in de grote steden (Amsterdam, Den Haag en Rotterdam).¹⁸⁹ Daarmee was, gevoed door negatieve publiciteit, tegenvallende opbrengsten en stijging van het aantal veilingen, de regionalisering van het Nederlandse executieveilinglandschap een feit.

De effecten van de regionalisering op de door Ferwerda e.a. gesignaleerde problematiek van samenspanning, intimidatie en bedreiging zijn (nog) niet gemeten. Het in onderdeel 3.2.3 besproken onderzoek van het NMa zag op de periode 2000-2009, waarin het proces van regionalisering nog in volle gang was. Dat regionalisering alleen de gesignaleerde problematiek niet oplost, is een vanzelfsprekende conclusie. Zo stelde de minister van Veiligheid en Justitie in antwoorden op Kamervragen in 2011:

'Op een gezamenlijk initiatief van het notariaat, geldgevers en het WEW (de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen, de uitvoerende organisatie van de Nationale Hypotheekgarantie) is een 16-tal regioveilingen ingesteld om te komen tot een verdere regionalisering en professionalisering van de veilingpraktijk. Het WEW heeft in haar voorwaarden opgenomen dat indien sprake is van een executoriale verkoop, de woning uitsluitend mag worden aangeboden via één van deze regioveilingen. Het doel van de regioveiling is de veilingpraktijk transparanter en tevens toegankelijker te maken voor de particulier, door onder andere publicaties op internet. Doordat de regioveilingen uniforme veilingvoorwaarden hanteren is het de verwachting dat het voor meer particulieren aantrekkelijker wordt om aan een dergelijke veiling deel te nemen. Tevens is op dit moment een wetsvoorstel in voorbereiding, waarmee het voor particulieren aantrekkelijker moet worden om aan een executieveiling mee te doen. Zo voorziet het wetsvoorstel onder meer in een regeling van veilen via internet. Ook bevat het voorstel enkele voorzieningen die met name de particuliere koper beter moeten beschermen.'¹⁹⁰

Dat er naast de regionalisering andere aanpassingen in de procedure nodig zijn teneinde de problematiek aan te pakken, zal in de volgende hoofdstukken ook blijken. Voor dit hoofdstuk is nog interessant in te gaan op een andere ontwik-

¹⁸⁸ 'Woning op executieveiling eenderde minder waard', Persbericht NHG 30 januari 2009, via www.nhg.nl. Voor een uitgebreidere bespreking van de rol van de Stichting WEW bij de executoriale verkoop wordt verwezen naar onderdeel 4.3.1.2.

¹⁸⁹ 'Recente ontwikkelingen op het gebied van de executieveilingen', KNB 2 oktober 2009, via KNB NotarisNet (alleen toegankelijk voor abonnees). Met de financiers is afgesproken dat de executoriale verkoop van woningen alleen nog via de regionale veiling verkocht worden, 'specifieke objecten eventueel uitgezonderd': Albers-Dingemans, 2011, p. 344. Het 'bedrijfsonroerend goed' behoeft aldus niet op de regionale veiling te worden geveild.

¹⁹⁰ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 2649. Zie ook W. van Hoeft, 'Met meer transparantie: Hogere opbrengst executieveilingen', *Notariaat Magazine* juni 2009.

keling die in het begin van de eenentwintigste eeuw opkomt en overigens ook weer samenhangt met de regionalisering: de formalisering en uniformering van de executieveiling.

3.3.1.2 Formalisering en uniformering

Een eerste stap in deze ontwikkeling werd gezet in 2004, toen de KNB een aantal Golden Rules voor de veiling vaststelde.¹⁹¹ De concrete aanleiding hiervoor vormde de negatieve publiciteit rondom de executieveiling:

‘Gezien alle aandacht die dit onderwerp inmiddels heeft gekregen, is het goed nog eens in te gaan op de (on)mogelijkheden voor de notaris om te zorgen voor een zo hoog mogelijke opbrengst, over de rol van de handelaren, de banken, de makelaars en de rechtbanken en tot slot over mogelijke wetswijzigingen.’¹⁹²

De *Golden Rules* zijn een ‘kader voor de zorgplicht van de notaris’. Dit kader biedt voor de notaris een aantal aandachtspunten ten aanzien van de voorbereiding van de executorialle verkoop en de executieveiling zelf. Door middel van de *Golden Rules* worden de zorgplichten van de notaris in een overzicht geëxpliciteerd, zij het dat de notaris wel de vrijheid krijgt om in voorkomende gevallen van deze regels af te wijken.¹⁹³ De *Golden Rules* zijn derhalve een vorm van zelfregulering zonder bindende kracht.¹⁹⁴ Wel vormen zij een kader voor de zorgplicht van de notaris,¹⁹⁵ zodat de notaris wel degelijk (civiel- of tuchtrechtelijk) kan worden aangesproken indien hij hiervan zonder goede reden afwijkt.

De *Golden Rules* blijken onvoldoende om de problematiek aan te pakken. Zo zijn in de *Golden Rules* onder meer aanbevelingen opgenomen voor de inrichting van de veilingzaal. Desondanks kwam zowel in het persbericht van de NMa als in het onderzoek van Ferwerda e.a., dat bijna twee respectievelijk drie jaar na het verschijnen van de Golden Rules wordt uitgebracht, naar voren dat op dit punt nog verbeteringen moesten worden doorgevoerd. De NMa deed daarvoor een aantal aanbevelingen:

‘Volgens de NMa kan het veilingproces verder verbeterd worden als een veilingmeester/notaris de regie van de veiling stevig in handen heeft en zorgt voor orde

¹⁹¹ “‘Golden rules’ voor de executieveiling”, *Notariaat Magazine* mei 2004.

¹⁹² “‘Golden rules’ voor de executieveiling”, *Notariaat Magazine* mei 2004. Zie voor een voorbeeld van deze negatieve beeldvorming bijvoorbeeld het betoog van Depla bij de bespreking van zijn motie, geciteerd in onderdeel 3.3.2.1.

¹⁹³ Zie “‘Golden rules’ voor de executieveiling”, *Notariaat Magazine* mei 2004: ‘Niet alle regels zijn voor elke veiling van toepassing. Wel vormen zij een kader voor de zorgplicht van de notaris.’

¹⁹⁴ Vgl. Giesen 2007, p. 57.

¹⁹⁵ “‘Golden rules’ voor de executieveiling”, *Notariaat Magazine* mei 2004.

en rust in de veilingzaal. Verder dient de veilingzaal overzichtelijk te zijn, zodat de veilingmeester zicht heeft op het aanwezige publiek. Daarnaast is het van belang dat er zo veel mogelijk informatie beschikbaar is over bijkomende kosten, de staat en de bewoning van het pand. Hierdoor wordt het voor meer mensen aantrekkelijk om op een veiling te bieden en te kopen.¹⁹⁶

Ferwerda e.a. meldden het gebrek aan regels omtrent de inrichting van de veilingzaal als factor bij intimidatie en bedreiging:

‘Een andere geconstateerde intimidatiestrategie betreft het tegenover de zaal gaan staan van handelaren. Doordat er geen regels zijn omtrent het plaatsnemen in de veilingzaal, blijven er mensen staan en lopen er voortdurend mensen heen en weer. Wanneer handelaren geïnteresseerd zijn in bepaalde panden gaan zij soms tegenover de zaal staan, vlak naast de veilingmeester en notaris. Zo kunnen zij de hele zaal overzien en lijkt het erop alsof de handelaar aan de kant van de bank, de notaris en de veilingmeester staat. Bij een laatste vorm van intimidatie die sommige handelaren toepassen, gaan zij naast mensen staan., die van plan zijn mee te bieden. Zij zeggen dan bijvoorbeeld dat het pand totaal verwaarloosd is of dat er een wietplantage in zit. Zo houden zij potentiële kopers uit het biedproces om, bijvoorbeeld voor een bevriende andere handelaar, te zorgen dat de prijs laag blijft.’¹⁹⁷

Een tweede vorm van formalisering deed zich voor in 2006, als (nieuwe) landelijke voorwaarden voor de executieveiling worden vastgesteld, de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen 2006 (AVVE 2006).¹⁹⁸ De AVVE 2006 zijn tot stand gekomen in overleg tussen de KNB en het Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF). De doelstelling bij het vaststellen van de AVVE 2006 was, zo blijkt uit Notariaat Magazine van februari 2006, dat ‘alle financiers zich committeren aan deze voorwaarden’.¹⁹⁹ Zo moest worden voorkomen dat steeds bij bijzondere voorwaarden zou worden afgeweken van de in onderling overleg tot stand gekomen veilingvoorwaarden. Deze doelstelling heeft er echter ook voor gezorgd dat de veilingvoorwaarden in grote mate *financier-vriendelijk* zijn. Zo worden in de AVVE 2006, anders dan onder de AVVE 1993, alle kosten ten laste van de koper gebracht.²⁰⁰ Daarnaast is de

¹⁹⁶ ‘NMa pleit voor betere en grotere huizenveilingen’, Nieuwsbericht NMa 18 januari 2006, www.nma.nl.

¹⁹⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 122.

¹⁹⁸ Zie hierover: ‘Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken (2)’, *Notariaat Magazine* februari 2006; ‘Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken’, *Notariaat Magazine* november 2005. In Amsterdam wordt overigens gebruik gemaakt van de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen Amsterdam 2001 (AVEA 2001). Die bevatten in hoofdlijnen dezelfde bepalingen als de AVVE 2006.

¹⁹⁹ ‘Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken (2)’, *Notariaat Magazine* februari 2006.

²⁰⁰ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 75 maken duidelijk dat bij de AVVE 1993 uniformering een belangrijk doel was, zodat de veilingvoorwaarden voor iedere veiling van registergoederen gebruikt konden worden. Uit ‘Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken (2)’, *Notariaat Magazine* februari 2006 blijkt →

risicoverdeling ten opzichte van de AVVE 1993 gewijzigd. Het risico gaat op grond van art. 18 lid AVVE 2006 over bij de gunning en derhalve niet pas op het moment van feitelijke aflevering, zoals bij een reguliere verkoop (art. 7:10 BW). Bovendien wordt alle risico's op de koper gelegd, op grond van art. 15, 16 lid 2, 18, 19 lid 4 en 5 en 21 AVVE 2006.²⁰¹

In onderdeel 3.2.1 bleek al dat Ferwerda e.a. de afwijkende risicoverdeling bij de executoriale verkoop aanmerkt als belangrijke reden voor de lagere opbrengst en onaantrekkelijkheid van de veilingkoop voor particulieren.²⁰² Waar aldus enerzijds met de regionalisering stappen werden gezet om de toegankelijkheid van de executieveiling te vergroten, lijkt de invoering van de veilingvoorwaarden weer een stap terug in het aantrekkelijk maken van de veilingkoop voor met name particuliere bidders. Dit doet de vraag opkomen of en in hoeverre een andere invulling van de veilingvoorwaarden, met name op het punt van de risicoverdeling, gewenst is. Die vraag komt aan de orde in onderdeel 6.3.3.3.

In 2006 werden door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele Sectoren van de rechtbanken (LOVC) ook nadere regels vastgelegd voor verzoekschrift-procedures en daarnaast de notitie 'Toestemming onderhandse verkoop' opgesteld.²⁰³ Deze uniformering zag overigens niet alleen op de procedures in de executoriale verkoopprocedure, nu de regels voor verzoekschriftprocedures gelden voor alle procedures die aanvangen met het indienen van een verzoekschrift. Het belang van deze regulering en de notitie voor dit onderdeel is dat de procedure voor de indiening van de verzoekschriften van art. 3:264 BW (huurbeding), 3:267 BW (beheerbeding), 3:268 lid 2 BW (onderhandse verkoop), 3:270 lid 3 BW (goedkeuring vordering eerste hypotheekhouder) en 3:273 BW (zuiveringsverklaring) hiermee op hoofdlijnen landelijk gestroomlijnd worden. Waar de AVVE zorgden voor een formalisering en uniformering aan de zijde van het *notariaat en de hypotheekhouders*, zorgden deze procedureregels voor een formalisering en uniformering aan de zijde van de *rechterlijke macht*.

echter dat vóór de invoering van de AVVE 2006 door de hypothecair financiers werd afgeweken van de kostenverdeling in artikel 9 AVVE 1993 (kostenverdeling tussen koper en verkoper). Ofwel, het gevolg van de uniformering van de algemene voorwaarden was dat in de bijzondere veilingvoorwaarden juist weer werd afgeweken van deze voorwaarden en het doel niet bereikt werd.

²⁰¹ Zie ook Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 75-77.

²⁰² Ferwerda e.a. 2007, p. 118-119.

²⁰³ 'Notitie Toestemming onderhandse verkoop' en 'Procesreglement verzoekschrift-procedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter', beide via www.rechtspraak.nl.

Een laatste voor dit onderdeel belangrijke ontwikkeling is de oprichting van de Federatie van Regioveilingen op 1 oktober 2009.²⁰⁴ De oprichting van de Federatie geschiedde in verband met het in onderdeel 3.3.1.1 beschreven proces van regionalisering, met als doel ‘het begeleiden, coördineren en zoveel mogelijk uniformeren van regionale veilingorganisaties’.²⁰⁵ De Federatie houdt de eenheid van de executieveilingen op landelijk niveau in de gaten, specifiek met betrekking tot ‘het veilingreglement, de kosten, presentatie en coördinatie’. Deze landelijke uniformering betekende in feite het einde van het plaatselijk gebruik. In onderdeel 2.4.2.2 is al besproken dat dit in het licht van het bereiken van *nieuwe* bidders als een gunstige ontwikkeling kan worden gezien. Bovendien wordt bijgedragen aan het efficiënter en professioneler inrichten van de veilingorganisatie. Gezien de hiervoor vermelde constatering van de NMa en van Ferwerda e.a. is dit een wenselijke ontwikkeling. Bovendien past dit bij de in het volgende hoofdstuk te bespreken uitgangspunten van de executoriale verkoop.

3.3.1.3 Twee andere ontwikkelingen

In dit onderdeel komen nog kort een tweetal andere belangrijke ontwikkelingen in de praktijk aan de orde. Allereerst het gebruik van moderne communicatiemiddelen, zoals internet in de executoriale verkoopprocedure. Voor de executoriale verkoop is internet een aantrekkelijk medium. Het biedt immers de mogelijkheid om een groot publiek te bereiken tegen geringe kosten. In het onderzoek van Ferwerda e.a. vormde de veiling via internet ook een aanbeveling voor verbetering van het veilingstelsel.²⁰⁶ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het internet ook zijn intrede heeft gedaan in de executoriale verkoopprocedure. In de huidige praktijk wordt internet toegepast bij de aankondiging van de executoriale verkoop, de informatievoorziening aan (potentiële) bidders en het meebieden bij de openbare executoriale verkoop.²⁰⁷

Met de introductie van internet in de executoriale verkoopprocedure startte tevens de discussie over de juridische toelaatbaarheid ervan onder het huidige wettelijke stelsel. Ten tijde van de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 stond internet nog in de kinderschoenen. In het ontwerp van de wettelijke executoriale verkoopprocedure is dan ook geen rekening gehouden met de

²⁰⁴ Hierover: Albers-Dingemans 2011, p. 344; ‘Veilingfederatie opgericht’, *Notariaat Magazine* oktober 2009.

²⁰⁵ ‘Recente ontwikkelingen op het gebied van de executieveilingen’, 2 oktober 2009, via KNB NotarisNet (alleen toegankelijk voor abonnees).

²⁰⁶ Ferwerda e.a. 2007, p. 164.

²⁰⁷ De aankondiging van de executoriale verkoop en informatievoorziening aan geïnteresseerden op internet geschiedt momenteel op in ieder geval twee websites: www.veilingnotaris.nl en www.veilingbiljet.nl en daarnaast op de websites van de regionale veilingorganisaties. Zie over de *pilots* met betrekking tot het internetbieden: Vonck 2011, p. 302-310 en Albers-Dingemans 2011, p. 345.

ontwikkelingen die internet zou doormaken en dientengevolge evenmin met de mogelijkheid van het gebruik van internet voor de executoriale verkoop van registergoederen. De wetgever had slechts de fysieke openbare executoriale verkoop voor ogen, waarbij de notaris aanwezig is in de veilingzaal en toezicht houdt op het biedproces in de zaal. Tegenwoordig komt echter de vraag op of en in hoeverre het gebruik van internet toelaatbaar is onder de huidige regeling, of dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is. Voor een bespreking daarvan wordt verwezen naar onderdeel 4.3.3.3.

De tweede ontwikkeling betreft het frequenter inroepen van het beheerbeding en beding van onder zich nemen (art. 3:267 BW).²⁰⁸ Met het inroepen van deze bedingen kan onder meer bezichtiging voorafgaande aan de executoriale verkoop mogelijk worden gemaakt. De onmogelijkheid van bezichtiging vormt voor particulieren een grote drempel om deel te nemen aan de executoriale verkoop.²⁰⁹ Uit het onderzoek van Brounen kan bovendien worden afgeleid dat de onmogelijkheid van bezichtiging een belangrijke factor is voor de prijskorting.²¹⁰ Hiermee wordt reeds duidelijk dat het inroepen van de bedingen een belangrijke bijdrage levert aan de verbetering van de executoriale verkoopprocedure. Om deze reden worden beide bedingen in onderdeel 6.7 aan een uitvoerige beschouwing onderworpen.

3.3.2 Politieke ontwikkelingen

3.3.2.1 Algemeen overzicht

De hiervoor besproken berichten over de executieveiling blijven ook in de politiek niet onopgemerkt. De parlementaire discussie over de gang van zaken start met Kamervragen van de leden Vendrik en Vos. Op 23 februari 2004 vroegen zij de minister van Justitie naar de prijsafspraken die worden gemaakt bij de huizenveilingen in Nederland.²¹¹ De minister antwoordde, mede namens de minister van Economische Zaken, dat de NMa en de KNB op dat moment reeds onderzoek doen naar prijsafspraken bij executieveilingen. De uitkomst van die onderzoeken moet worden afgewacht, om te bezien ‘of het opportuun is om over het treffen van maatregelen te spreken’, aldus de minister.

Voor de Tweede Kamer was hiermee de kous niet af. Een jaar later diende Kamerlid Depla een tweetal moties in waarin hij de regering verzocht binnen twee maanden met een sluitende aanpak voor de problematiek bij de

²⁰⁸ E. Feitsma, ‘Eenmaal, andermaal’, *BankWereld* nummer 3, oktober 2009, p. 9; ‘Huizenveiling moet aantrekkelijker’, 7 mei 2009, via KNB NotarisNet (alleen toegankelijk voor abonnees).

²⁰⁹ Zie hierover: Keirse e.a. 2009, p. 239-240.

²¹⁰ Brounen 2008, p. 29.

²¹¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 1084.

executoriale verkoop te komen, alsmede ‘het notariaat en de banken op te roepen snel schoon schip te maken’.²¹² Tijdens het Kamerdebat waarin beide moties werden behandeld zette Depla hoog in:

‘Voorzitter. Vastgoedhandelaren steken bij executieveilingen de koppen bij elkaar. Zij beïnvloeden het biedingsproces zodanig dat het pand op de veiling wordt verkocht tegen een prijs die onder de marktwaarde ligt. Dat blijkt helaas geen incident. [...]

Het resultaat is dat mensen die toch al gedwongen zijn, om financiële reden hun huis te verkopen en dus al in de problemen zitten, alleen nog maar verder in de problemen komen.

Helaas blijft het daar niet bij. Executieveilingen worden ook gebruikt voor het afronden van dubieuze vastgoedtransacties, voor het witten van zwart geld en het plegen van hypotheekfraude. [...]

Nu blijkt dat er zeer foute praktijken plaatsvinden onder de vlag van een gezaghebbend en vertrouwenwekkend ambt, zoals het notariaat is. Het gebeurt dus met iets van sanctionering.

Er moet een eind aan komen. Niet alleen notarissen, maar ook banken en taxateurs, allemaal mannen in nette pakken, blijken geld verdienen belangrijker te vinden dan het bestrijden van fraude. Iedereen weet ervan, zo lijkt, en iedereen is er een beetje verantwoordelijk voor. Toch kijkt iedereen de andere kant op. [...]

De veilingen moeten transparanter worden, evenals de markt van panden. Als iedereen kan meebieden, ook particulieren en bijvoorbeeld woningcorporaties, kan de markt optimaal functioneren.²¹³

In de parlementaire discussie die volgde gaf de minister van Justitie allereerst aan welke maatregelen de KNB al had genomen om de problematiek te verhelpen. Hierbij sprak de minister onder meer de in het vorige onderdeel besproken eerste stappen in het proces regionalisering van executieveilingen; het aanpassen van de periode tussen opbod en afslag van twee weken naar onmiddellijk na elkaar; de verruiming van de publiciteit over de verkoop teneinde ook particuliere kopers te trekken; het advies aan notarissen om de executieveiling direct stop te zetten indien de indruk bestaat van intimidatie; de digitale bekendmaking van de executoriale verkoop; en overleg met betrokken partijen. Daarnaast wees de minister op een verkennend onderzoek van de NMa naar kartelvorming bij de executieveiling, naar aanleiding waarvan destijds geen nadere stappen werden gezet.

Uit de parlementaire discussie blijkt echter dat de Kamerleden daadwerkelijke ingrepen wilden om de executieveiling transparanter en voor particulieren

²¹² *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nrs. 1 en 2. Zie ook de derde motie (na het interpellatiedebat opgesteld): *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nr. 3. In deze periode worden overigens ook door Hordijk Kamervragen gesteld, dit maal over het huurbedingartikel (art. 3:264 BW) en aanpassing daarvan. Dit mag niet helemaal onvermeld blijven, nu ook deze vragen gaan over aanpassingen ten behoeve van de executieveiling. Zie: *Aanhangsel Handelingen I* 2003/04, nr. 16.

²¹³ *Handelingen II* 2004/05, 72, p. 4429-4430.

toegankelijker te maken. Hierop antwoordde de minister dat de berichtgeving in de media grotendeels op geruchten was gebaseerd en dat hij met de NMa en de KNB in contact zou treden om de problematiek te bespreken.²¹⁴ Aan het slot van het interpellatiedebat zegde de minister toe met meer informatie te komen, waaraan hij twee maanden later gehoor gaf. Bij brief presenteerde de minister zijn bevindingen en plan van aanpak voor de executieveiling.²¹⁵ De minister stond hierbij een ‘projectmatige aanpak’ voor, met de volgende acties:

- ‘De opzet van de executieveilingen en met name de rol van de notaris daarin wordt kritisch gezien opdat eventuele maatregelen kunnen worden genomen waardoor misbruik wordt bemoeilijkt. Ik denk hierbij aan een aanpassing van de veilingvoorwaarden, maar ook aan mogelijkheden om op andere wijze te executeren dan via de veiling, bijvoorbeeld via het internet;
- Onderzocht wordt welke oplossingen nodig zijn voor de problemen rondom de toegankelijkheid, de staat en de eventuele bewoning van het te veilen pand;
- De NMa heeft inmiddels aangekondigd zich op eventuele kartelvorming bij executieveilingen te oriënteren;
- Bij personen en organisaties die aangeven kennis te dragen van misstanden dring ik erop aan hierover een klacht in te dienen bij de tuchtrechter dan wel hiervan aangifte te doen. Ik spreek de KNB en de tuchtcolleges erop aan om, met behoud van hun eigen verantwoordelijkheid, laakbaar gedrag adequaat te pareren.’²¹⁶

Bij de bespreking van de ontwikkelingen in onderdeel 3.3.1 is een aantal van deze punten al besproken. Daaruit bleek dat de plannen deels al zijn uitgevoerd. Ook is een aantal van de punten opgenomen in het zeven jaar na deze brief verschenen (onder 3.3.2.2 te bespreken) wetsvoorstel Executieveilingen.

In januari 2006 stuurt de minister een tweede brief, over de laatste ontwikkelingen ten aanzien van de executieveiling en hypotheekfraude.²¹⁷ Hierin worden het onder 3.2.3 besproken onderzoek van de NMa uit 2006 en de *Golden Rules* van de KNB (zie onderdeel 3.3.1.2) genoemd. Daarnaast wijst de minister op het overleg tussen de Stichting WEW, hypotheekfinanciers en de makelaardij om de mogelijkheden te onderzoeken tot ‘meer consument-vriendelijk te opereren (met garanties), de werkwijze te moderniseren en daar-mee de veilingopbrengst te maximaliseren’.²¹⁸ De minister doelt hier waarschijnlijk op het zogenaamde

²¹⁴ Tegelijkertijd stelde het Ministerie in een tweetal onderzoeken in naar malafide activiteiten in de vastgoedsector in het algemeen. Daaruit vloeien de in onderdeel 3.2.1 besproken rapporten van Ferwerda e.a. en Van Gestel voort.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nr. 4 (Brief van de minister van Justitie).

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 076, nr. 4, p. 2 (Brief van de minister van Justitie).

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 076, nr. 5 (Brief van de minister van Justitie). Zoals besproken in onderdeel 3.2.1 hangt de problematiek bij executoriale verkoop niet steeds samen met hypotheekfraude en frauduleuze ABC-transacties. Het onderzoek van Van Gestel, waarin dit wordt geconstateerd, verschijnt overigens een tweetal jaren ná het verschijnen van deze brief van de minister.

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 076, nr. 5, p. 3 (Brief van de minister van Justitie).

‘rapport-Naber’.²¹⁹ De concrete aanleiding voor dit rapport vormde de stijging van het aantal executieveilingen en het oplopen van de verliezen bij de Stichting WEW. De voorstellen behelzen met name de voorbereiding van de executoriale verkoop, waarbij sprake is van een nauwe samenwerking tussen notarissen, makelaars en financiers. Voor de tijd waarin het rapport-Naber tot stand kwam kunnen deze voorstellen als radicale breuk met het verleden worden gezien. Zo wordt onder meer voorgesteld bij iedere executoriale verkoop bezichtiging mogelijk te maken, een rapport van de woning op te stellen en de woning indien nodig te laten schoonmaken en opknappen. Het lijkt erop dat het rapport-Naber destijds te vroeg kwam. Er is aan dit plan destijds dan ook geen uitvoering gegeven.²²⁰

Hierna is het enige jaren stil voor wat de politieke ontwikkelingen met betrekking tot de executieveiling betreft. Het in onderdeel 3.2.2 besproken onderzoek van Brounen zorgt echter opnieuw voor Kamervragen. Ditmaal vraagt Van der Ham naar het functioneren van de executieveiling en de gevolgen voor de Nationale Hypotheekgarantie.²²¹ In zijn antwoorden spreekt de minister voor Wonen, Werken en Integratie, mede namens de minister van Justitie, voor het eerst over een wetsvoorstel dat in voorbereiding is. In de daaropvolgende tijd wordt nog een aantal malen aandacht gevraagd voor de executieveiling, mede vanwege het uitblijven van de indiening van het wetsvoorstel. Van der Ham en Depla dienen in 2008 een motie in, waarin zij de regering verzoeken met voorstellen te komen ter verbetering van het systeem van executieveilingen.²²² Ook het NMa-onderzoek uit 2009 en de naar aanleiding daarvan verschenen berichten in de media zorgen voor nieuwe Kamervragen.²²³ Een onderzoek van de Vereniging Eigen Huis naar de hoge

²¹⁹ In ‘Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken’, *Notariaat Magazine* november 2005 aangeduid als ‘Initiatief veilingwoning’. Van Heeswijk is 2005 overigens een soortgelijk initiatief gestart, zo blijkt uit Scheltema, “‘Hee Jan! Ben je die Voetjesstraat nog kwijtgeraakt?’: Veilig veilen anno 2005”, *Notariaat Magazine* augustus 2005, p. 15. Een stichting (een landelijke inkooporganisatie) zou hierbij de woningen voor de veiling taxeren, de woning leeg en ontruimd opleveren en voor 85-90% garant staan voor de opbrengst bij de executoriale verkoop.

²²⁰ Het initiatief is ‘niet levensvatbaar gebleken’, zo volgt uit ‘Overzicht activiteiten KNB in verband met malafide praktijken in het vastgoed’, *Notariaat Magazine* oktober 2007. Een soortgelijk initiatief is overigens recent wel weer nieuw leven in geblazen.

²²¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 749.

²²² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 XVIII, nr. 55.

²²³ *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2224; *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 2649. Daarnaast komt de problematiek bij de veiling aan de orde in: *Handelingen II* 2011/12, nr. 103 (Vragenuur); *Kamerstukken II* 2011/12, 32 320, nr. 4, p. 9, 10 en 17-18 (Verslag van een algemeen overleg); *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 135; *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 3209; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 XVIII, nr. 56 (Brief van de minister voor Wonen, Wijken en Integratie).

kosten bij executieveilingen vormt eveneens aanleiding voor Kamervragen en een brief van de minister.²²⁴

3.3.2.2 Het wetsvoorstel Executieveilingen

De politieke aandacht voor de executieveiling leidt in maart 2010 tot een concept-wetsvoorstel,²²⁵ in november 2012 gevolgd door het wetsvoorstel ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken’.²²⁶ Het doel van dit wetsvoorstel is, zo blijkt uit de titel, de executoriale verkoop van onroerende zaken transparanter en voor een breder publiek toegankelijk te maken. Het wetsvoorstel bevat echter ook andere wijzigingen in de huidige executoriale verkoopprocedure.

De wijzigingen worden zowel in het Burgerlijk Wetboek als in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangebracht. De wijzigingen in art. 514 tot en met 529 Rv gelden voor zowel de executoriale verkoop door de beslaglegger als, via de schakelbepaling van art. 546 Rv, voor de executoriale verkoop door de hypotheekhouder. De wijzigingen die het wetsvoorstel beoogt, sluiten grotendeels aan op de bevindingen en aanbevelingen uit de in onderdeel 3.2 besproken onderzoeken. Hier staat een kort overzicht van de wijzigingen, die in de komende hoofdstukken meer gedetailleerd zullen worden besproken.²²⁷

In de eerste plaats wordt het gebruik van internet in de executoriale verkoopprocedure vastgesteld.²²⁸ In het wetsvoorstel wordt vastgelegd dat de aankondiging van de executoriale verkoop op internet moet worden gedaan, in plaats van door middel van aanplakking volgens plaatselijk gebruik en door aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad (art. 516 lid 1 nieuw-Rv). Ten tweede is de plaatsing van de veilingvoorwaarden op de in art. 516 lid 1 nieuw-Rv bedoelde website(s) voorgeschreven in art. 517 lid 1 nieuw-Rv, ter vervanging van het voorschrift van ter inzage legging in het huidige art. 517 lid 1 Rv. Ten derde kan op grond van art. 518 lid 1 nieuw-Rv voortaan ook een geschil worden aangespannen over de website en de periode gedurende welke er kan worden geboden. Ten slotte wordt de mogelijkheid van openbare verkoop

²²⁴ *Handelingen II* 2011/12, Vragenuur 5 juni 2012; *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 111 (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie).

²²⁵ www.internetconsultatie.nl/executieveiling.

²²⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 2.

²²⁷ Vanwege het hoofdonderwerp van dit onderzoek (zie onderdeel 1.3) wordt hier niet ingegaan op de wijzigingen in art. 570 Rv, dat ziet op de executoriale verkoop van schepen.

²²⁸ Zie voor de vraag in hoeverre de veiling via internet al mogelijk is onder de huidige regeling onderdeel 4.3.3.3.

via internet in art. 519a nieuw-Rv opgenomen. De notaris bepaalt, als (ook) via internet kan worden geboden, de website en de periode gedurende welke er kan worden geboden. In het nieuwe vierde lid van art. 519 Rv zijn enkele vereisten voor de website opgenomen, welke bij algemene maatregel van bestuur nog kunnen worden uitgebreid.

De onmogelijkheid van bezichtiging en toegang tot de woning wordt door middel van een aantal nieuwe bepalingen aangepakt.²²⁹ De bevoegdheden op grond van het beheerbeding en het beding van onder zich nemen worden in art. 3:267 BW verduidelijkt. Zo wordt voor het onder zich nemen ook de eis gesteld van machtiging van de voorzieningenrechter (art. 3:267 lid 2 nieuw-BW), wordt toegevoegd dat de voorzieningenrechter ‘de hypotheekgever en de zijnen’ tot ontruiming kan veroordelen (art. 3:267 lid 3 nieuw-BW) en wordt toegevoegd tegen wie de bevoegdheden kunnen worden ingeroepen (‘eenieder, met uitzondering van de huurder’, art. 3:267 lid 4 nieuw-BW). Daarnaast wordt een ‘bezichtigingsbeding’ geïntroduceerd (art. 3:267a BW), op grond waarvan de hypotheekgever en de bewoner van *een tot bewoning bestemde onroerende zaak* verplicht zijn te dulden dat kennisgevingen voor de verkoop worden aangebracht aan de zaak én dat aan belangstellenden de gelegenheid wordt geven tot bezichtiging.

Door middel van een wijziging in art. 525 lid 3 nieuw-Rv kan de koper voortaan met het proces-verbaal tot ontruiming kort gezegd niet alleen de geëxecuteerde, maar een ieder die zich zonder recht of titel in het pand bevindt (en als zodanig niet bekend was aan de koper) tot ontruiming dwingen.

De huurproblematiek waaraan door Ferwerda wordt gerefereerd wordt ook aangepakt. Op grond van art. 3:264 lid 1 nieuw-BW is de hypotheekhouder bij de *openbare* verkoop van *een tot bewoning bestemde onroerende zaak* in beginsel verplicht het huurbeding in te roepen, terwijl de ontruimingstermijn van art. 3:264 lid 6 BW wordt verkort tot drie maanden. Het huurbeding moet in beginsel worden ingeroepen, want er zijn drie uitzonderingen. Het huurbeding hoeft niet te worden ingeroepen indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:

- ‘de instandhouding van de huurovereenkomst in het belang is van de opbrengst bij de openbare verkoop’;
- ‘ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en dit jegens de huurder kunnen inroepen, te voldoen’ (vgl. art. 3:264 lid 6 BW);

²²⁹ Uit het onderzoek van Brounen kan worden afgeleid dat de onmogelijkheid van bezichtiging een belangrijke factor is voor de prijskorting, zie Brounen 2008, p. 29.

- ‘er geen personen krachtens huurovereenkomst gebruik kunnen maken van het bezwaarde goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop, bedoeld in artikel 516 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering’.

Ook het moment van risico-overgang, dat thans in de veilingvoorwaarden kan worden geregeld en door Ferwerda e.a. is aangeduid als belangrijke factor voor de lagere opbrengst, wordt aangepast. In het wetsvoorstel is vastgelegd dat bij de executoriale verkoop een tot bewoning bestemde onroerende zaak het risico pas bij inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing op de veilingkoper overgaat (art. 525 lid 3 nieuw-Rv).

De door Brounen al aangestipte kosten van de executoriale verkoop als reden voor de prijskorting wordt aangepakt doordat bij de executoriale verkoop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak alleen de overdrachtsbelasting en omzetbelasting, het honorarium van de notaris, het kadastrale recht en de kosten van kadastrale recherche en de kosten van ontruiming voor rekening van de koper kunnen worden gebracht (art. 524a lid 1 nieuw-Rv). Daarnaast moet aan de koper voorafgaand aan de *veiling* naar beste weten een indicatie worden gegeven van de maximale hoogte van de kosten en heffingen die aan hem in rekening worden gebracht (art. 524a lid 2 nieuw-Rv).

Daarnaast wordt het voor de beslaglegger mogelijk gemaakt een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop in te dienen (art. 3:268 lid 2 nieuw-BW). Een wijziging in de onderhandse executoriale verkoopprocedure is ook de bevoegdheid van de voorzieningenrechter de ‘hypotheekgever en de zijnen’ tot ontruiming te dwingen bij de goedkeuring van het verzoek tot onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 nieuw-BW).

De laatste wijzigingen betreffen de wijziging van het woord ‘veilconditiën’ in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de bevoegdheid voor de notaris om de verzoekschriften van artikelen 3:267, 3:268 lid 2, 3:270 lid 3 en 3:273 BW in te dienen.

Het wetsvoorstel bevat ook overgangsrecht. Hierin staat in hoeverre de nieuwe bepalingen van toepassing zijn op lopende executoriale verkoopprocedures. Het moment van aanzegging ex art. 544 Rv is daarbij beslissend.

4. Uitgangspunten bij de executoriale verkoopprocedure

4.1 Inleiding

Het voorgaande hoofdstuk bood een overzicht van de in onderzoeken gesignaleerde knelpunten en de huidige stand van zaken bij de executoriale verkoop van registergoederen. Dit hoofdstuk biedt een brug tussen dat hoofdstuk en de volgende hoofdstukken, waarin de wenselijkheid van en de mogelijkheden tot aanpassing van de wettelijke regeling worden geanalyseerd. Hier worden namelijk de algemene uitgangspunten die aan de executoriale verkoopprocedure ten grondslag liggen uitgewerkt en beschouwd.

4.2 Het belang van het vastleggen van de uitgangspunten

Bij de bespreking van de onderzoeken ten aanzien van problematiek van de executoriale verkoopprocedure is al opgemerkt dat de problematiek kan worden ingedeeld op twee niveaus; het macroniveau en het microniveau. Hierbij is het macroniveau het niveau waarop de regelgeving ten aanzien van de executoriale verkoopprocedure wordt vastgelegd, en het microniveau het niveau waarop deze regelgeving wordt uitgevoerd. Anders gezegd is het microniveau het partijniveau en is het macroniveau partij-overstijgend. Deze indeling is van belang voor de vraag op welk niveau de problematiek die in het vorige hoofdstuk is besproken moet worden geanalyseerd en aangepakt.

Het onderscheid tussen micro- en macroniveau wordt ook hier toegepast voor het bespreken van het belang van het uitwerken en beschouwen van de uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure.

De uitgangspunten zijn op microniveau van belang omdat zij enerzijds houvast bieden bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure en anderzijds bruikbaar zijn als toetssteen voor de beoordeling van het handelen van de betrokkenen. Dit geldt temeer nu de wetgever, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, aan de belangrijkste actoren bij de executoriale verkoop (de hypotheekhouder en notaris) de nodige vrijheid heeft gegeven bij de uitvoering van de procedure.²³⁰ Een voorbeeld biedt de memorie van toelichting bij art. 517 Rv, ten aanzien van het vaststellen van de veilingvoorwaarden:

‘De inhoud van de veilconditiën wordt door de notaris vastgesteld in overleg met de executant en met inachtneming van artikel 519. Verdere voorschriften omtrent de inhoud van de veilconditiën zijn niet nodig geoordeeld. Zo kan ook aan de notaris worden

²³⁰ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 239 (inhoud aanplakbiljetten), p. 239-240 (termijn publiceren veilingvoorwaarden), p. 240 (inhoud veilingvoorwaarden; toepassing plaatselijk gebruik), p. 241 (wijze van verkoop).

overgelaten in hoeverre de kosten voor rekening van de koper dienen te worden gebracht, zoals het huidige artikel 537e voorschrijft.²³¹

Vanwege deze vrijheid is het nuttig de uitgangspunten te schetsen, als leidraad voor het handelen van de notaris en de hypotheekhouder.

Het belang van het vastleggen van de uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure speelt ook op het macroniveau. Op dit niveau dienen de uitgangspunten voornamelijk als richtsnoer bij de totstandkoming van wetswijzigingen. Met behulp van de uitgangspunten kan worden gezien op welke punten ingrijpen in de wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure gewenst is. De uitgangspunten bieden dan een leidraad bij de analyse in hoeverre de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de wettelijke regeling daadwerkelijk behaald worden. Dit is momenteel van bijzonder belang in verband met het in het vorige hoofdstuk besproken, op handen zijnde wetsvoorstel.

Opvallend is dat aspecten van de uitgangspunten van de executoriale verkoop weliswaar af te leiden zijn uit de parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie, maar dat nimmer uitgangspunten voor de executoriale verkoopprocedure zijn geëxpliciteerd op de wijze waarop dat in dit hoofdstuk gebeurt: door het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure uit te werken en aan te geven op welke wijze op macro- en microniveau aan dit hoofddoel uitvoering zou moeten worden gegeven. Door het vastleggen van de uitgangspunten, kan tevens worden geanalyseerd in hoeverre de in het wetsvoorstel beoogde wijzigingen in de wettelijke executoriale verkoopprocedure in het licht van de uitgangspunten de juiste zijn.

4.3 Het hoofddoel: het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst

Het hypotheekrecht geeft de hypotheekhouder een goederenrechtelijk zekerheidsrecht. Een zekerheidsrecht geeft strekt 'tot verhaal van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers indien de tijdige voldoening van de schuld door de debiteur achterwege blijft'.²³² De waarde van het zekerheidsrecht komt dan ook met name naar voren op het moment dat de hypotheekgever in verzuim is. De hypotheekhouder kan dan overgaan tot verhaal en kan zijn vordering met voorrang op de behaalde opbrengst verhaal. Door de aan het hypotheekrecht verbonden voorrang heeft de hypotheekhouder bij verhaal meer

²³¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

²³² Huijgen 2007, p. 2. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 2; Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 7; Molenaar 1999, p. 2-3; Fesevur 1979, p. 19. Vgl. Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 745 e.v.

zekerheid dan de meeste andere schuldeisers dat zijn vordering daadwerkelijk uit de executieopbrengst voldaan wordt.

De executoriale verkoop wordt dan ook in eerste instantie opgestart voor de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder. In dit onderdeel zal duidelijk worden dat het *doel* van de executoriale verkoop verder strekt dan enkel het verhaal van de vordering van de hypotheekhouder. Vanwege de verstrekkende gevolgen van de executoriale verkoop moet namelijk gestreefd worden naar *een zo hoog mogelijke opbrengst*. Het belang hiervan wordt hierna uitgewerkt, eveneens ten aanzien van de twee in de inleiding besproken niveaus.

4.3.1 Het hoofddoel uitgewerkt op microniveau

Bij het verhaal van zijn vordering is de hypotheekhouder op grond van de wet (art. 3:268 BW) bevoegd de verhypothekerde zaak te verkopen en in eigendom over te dragen.²³³ Het gevolg van de executoriale verkoop is dat de hypotheekgever de door hem bewoonde woning dient te verlaten. Op grond van art. 525 lid 3 Rv kan hij hiertoe zelfs op enkel vertoon van het proces-verbaal van toewijzing door de koper worden gedwongen. De executoriale verkoop heeft dan ook verstrekkende gevolgen voor de hypotheekgever.

Uit de wettekst volgt dat tegenover deze verkoop, gevolgd door vervreemding en ontruiming, de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder en een aantal andere, in art. 3:270 BW genoemde schuldeisers uit de executieopbrengst staat.²³⁴ Afhankelijk van de behaalde opbrengst, resteert voor de hypotheekgever na de executoriale verkoop derhalve ofwel een lagere schuld, ofwel de restant-executieopbrengst na verdeling onder de schuldeisers.²³⁵ Hieruit volgt dat het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst bij de executoriale verkoop met name ook in het belang van de hypotheekgever is.

²³³ Vgl. Groefsema 1993, p. 85-87. Over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid van de hypotheekhouder meer in onderdeel 6.3.

²³⁴ Uit art. 3:270 lid 1 BW blijkt dat de kosten van de executie eerst uit de opbrengst voldaan worden, alvorens de uitkering aan de in art. 3:270 lid 2 BW genoemde personen plaatsvindt.

²³⁵ Als sprake is van derdenhypotheek wordt het overschot uitgekeerd aan de geëxecuteerde en niet aan de schuldenaar, zo blijkt uit de bewoordingen van art. 3:270 lid 2, laatste zin BW. Gezien het feit dat hij zijn woning als gevolg van de executoriale verkoop moet verlaten, is dit ook een logische conclusie. Zie ook Gräler 1996. Overigens ziet art. 3:270 lid 2 BW op het geval er slechts één hypotheek op het goed rust en er geen andere belanghebbenden als bedoeld in art. 3:270 lid 2 BW zijn. In het geval er meer belanghebbenden zijn komt het restant na uitkering aan deze belanghebbenden ook toe aan de hypotheekgever, tenzij sprake is van een ten laste van de geëxecuteerde uitgesproken faillissement (vgl. Hoge Raad 29 april 2011, *NJ* 2011, 372 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Ontvanger/Eijking q.q.)).

Omdat de executoriale verkoop verderstrekkende gevolgen heeft dan alleen de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder, is het hoofddoel van de executoriale verkoop op microniveau dan ook het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst. Indien de woning een hogere waarde vertegenwoordigt dan de vordering van de hypotheekhouder, is het belang van de hypotheekgever bij een zo hoog mogelijke opbrengst evident. Zou de hypotheekhouder in een dergelijk geval overgaan tot verhaal en daarbij slechts de inspanningen doen die nodig zijn om het bedrag van zijn eigen vordering in handen te krijgen, dan lijdt de hypotheekgever een onevenredig groot nadeel van de executoriale verkoop. Maar ook indien de woning een lagere waarde heeft dan de hypotheekaire vordering, is het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst van belang. Hoewel het hypotheekrecht als gevolg van de zuiverende werking van de verkoop (art. 3:273 BW) teniet gaat, kan de voormalige hypotheekhouder het restant van zijn vordering verhalen. Na de executoriale verkoop is geen sprake van een ‘schone lei’ zoals bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling bijvoorbeeld het geval is (vgl. art. 358 Fw); de vordering die voorheen gedekt was door het hypotheekrecht blijft verhaalbaar.²³⁶ Dat geldt eveneens voor de vorderingen van de andere schuldeisers die hun hypotheekrecht teniet zien gaan, of van wie het beslaglegrecht vervalt. De hypotheekgever heeft er dan ook belang bij dat bij verkoop de voor zijn woning zo hoog mogelijke opbrengst wordt behaald, zodat de vorderingen zo veel mogelijk uit de opbrengst worden voldaan, nu hij als gevolg van de executoriale verkoop een waardevol goed uit zijn activa ziet verdwijnen.

In de literatuur is het belang van het streven naar een zo’n hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de hypotheekgever door onder meer Bouwes Bavinck verdedigd, die daarbij aangeeft dat de belangen van de hypotheekhouder en hypotheekgever op dit punt grotendeels gelijk zijn:

‘Een zo hoog mogelijke opbrengst voor het verbonden perceel is in het belang van zowel schuldenaar als hypotheekhouder: de schuldenaar kan uit die opbrengst zijn schuldenpositie afbouwen, de hypotheekhouder beperkt of elimineert een eventueel verlies uit hoofde van de verstrekte financiering, die door het hypotheekrecht is gedekt. De belangen van de hypotheekhouder en schuldenaar lopen hier dan ook grotendeels parallel.’²³⁷

Ook in andere literatuur en jurisprudentie wordt het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst als hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure op

²³⁶ De hypotheekakte biedt niet altijd de executoriale titel voor verhaal van de restschuld, zie Hoge Raad 26 juni 1992, *NJ* 1992 m.nt. H.J. Snijders (Rabobank/Visser) en Hoge Raad 8 februari 2012, *NJ* 2013, 123 m.nt. H.J. Snijders (Rabobank/Donselaar).

²³⁷ Bouwes Bavinck 1991, p. 128.

microniveau aangemerkt.²³⁸ Bovendien zou dit ook voorzichtig uit de parlementaire geschiedenis kunnen worden geconcludeerd, waar gesteld wordt:

‘Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden.’²³⁹

4.3.1.1 De positie van andere betrokkenen bij de executoriale verkoop

Hiervoor is het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure voornamelijk besproken vanuit de positie van de hypotheekgever. Daarbij is onderbelicht gebleven dat de executoriale verkoop ook voor andere betrokkenen verstrekende gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld voor een beperkt gerechtigde van wie het recht als gevolg van art. 3:273 BW vervalt na de executoriale verkoop en levering. Dit doet de vraag opkomen in hoeverre ook rekening moet worden gehouden met de belangen van deze betrokkenen. Oftewel, strekt het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst ook ten behoeve van deze betrokkenen? Deze vraag is bijvoorbeeld van belang bij een conflict in de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure, waarbij het (geldelijk) belang van een betrokkene tegenover het (geldelijk) belang van de hypotheekgever staat. Aan wiens belang dienen de notaris en hypotheekhouder in een dergelijk geval voorrang te verlenen?

In dit onderdeel worden algemene aanknopingspunten gegeven in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure. Deze aanknopingspunten worden bij de bespreking van de zorgplichten van de notaris en de hypotheekhouder in het volgende hoofdstuk toegepast op enkele *casus*. Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag wordt staat in de Bijlage van dit boek een overzicht van de verschillende (groepen van) betrokkenen en hun rol bij de executoriale verkoop. De tabel in de Bijlage biedt belangrijke aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag in hoeverre met de belangen van andere betrokkenen rekening moet worden gehouden in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoop. Voor de beantwoording zijn twee elementen uit de tabel van belang: de indeling in direct betrokkenen,

²³⁸ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 398 (waar wordt gesproken over een belang van ‘alle betrokkenen, inclusief de geëxecuteerde’); Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 38 (waar eveneens wordt gesproken over een belang van ‘alle betrokken partijen’); Holtman 1999, p. 647; Van Velten 1997, p. 381; De Smidt 1954, p. 6. Anders: Asbreuk-van Os 1994, p. 654, waarover meer in onderdeel 4.4.3.1. Zie voor jurisprudentie o.m. Rb. Zwolle 3 juni 2009, *LJN* BK8018; Hof Arnhem 3 februari 2004, *LJN* AO5923; Hof Amsterdam 18 december 1997, *WPNR* (6314) 1998, p. 322-323; Hof ’s-Hertogenbosch 14 november 1984, *NJ* 1985, 849 (Coenen/Troost).

²³⁹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT). Zie ook onderdeel 5.2.3.2.

belanghebbenden en overige betrokkenen in de wettelijke regeling, en de mogelijkheden voor de betrokkenen om voor hun belang op te komen.

1. Indeling in direct betrokkenen, belanghebbenden en overige betrokkenen

In de wettelijke regeling kunnen enkele aanknopingspunten worden gevonden voor de vraag naar de behartiging van de belangen van andere betrokkenen. Hierbij kan een indeling worden gemaakt in direct betrokkenen (de hypotheekgever en -houder), belanghebbenden en overige betrokkenen. Deze laatste twee groepen worden hier nader onder de loep genomen.

De belanghebbenden

De wet plaatst – naast de hypotheekhouder en hypotheekgever – een aantal betrokkenen in een bijzondere positie bij de executoriale verkoop. Dit zijn:

- de andere hypotheekhouders;
- de schuldeisers die op het goed beslag hebben gelegd, al dan niet met een voorrecht;²⁴⁰
- de beperkt gerechtigden van wie het goed door de executoriale verkoop vervalt.

Deze zogenaamde ‘belanghebbenden’ nemen een bijzondere positie in, omdat hun recht *op grond van de wet* bij de executoriale verkoop vervalt. Art. 3:273 BW bepaalt dat hun rechten als gevolg van de levering na de verkoop en voldoening van de koopprijs tenietgaan dan wel vervallen. Hoewel als gevolg van de werking van het hypotheekrecht ten aanzien van later overeengekomen persoonlijke rechten ook andere rechten vervallen bij de executoriale verkoop, heeft de wetgever de procedure ten aanzien van een aantal betrokkenen in het bijzonder geregeld.

Hun bijzondere positie houdt ook nog het volgende in. De notaris moet hun op grond van de wet informeren gedurende de executoriale verkoopprocedure (art. 546 jo. 515 lid 2, 517 lid 1 en 523 Rv). Ook hebben zij meer mogelijkheden dan andere betrokkenen om voor hun belangen op te komen, nu art. 517 lid 2 Rv hen de mogelijkheid geeft te verlangen dat wordt verkocht vrij van niet tegen hun recht inroepbare rechten of beperkingen en art. 3:268 lid 2 BW het voor deze belanghebbenden mogelijk maakt een gunstiger bod voor te leggen bij onderhandse executoriale verkoop, mits zij daarbij belang hebben.

De belanghebbenden delen op grond van de wet in beginsel ook mee bij de verdeling van de executieopbrengst.²⁴¹ Naast de hypotheekhouder die de

²⁴⁰ Het betreft hier zowel de conservatoir als de executoriaal beslaglegger die beslag legt op het goed. Ook de reële beslaglegger deelt mee: Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, artikel 480 Rv, aant. 3 en 5.

²⁴¹ Zie bijvoorbeeld ook art. 3:271 BW (‘alle in het vijfde lid van het vorige art. genoemde belanghebbenden’). Onder deze belanghebbenden valt ook de schuldeiser die beslag →

executoriale verkoop heeft opgestart om zijn vordering uit de opbrengst zo veel mogelijk voldaan te krijgen, delen in beginsel ook de in de wet genoemde belanghebbenden mee bij de verdeling van de opbrengst conform hun rang. Zij hebben derhalve een *direct belang* bij de te behalen opbrengst. Deze wettelijke regeling brengt mee dat het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst ook hun belang is.

In hoeverre met de positie van deze belanghebbenden rekening moet worden gehouden volgt eveneens uit de wet. Zij hebben op grond van de wet voldoende mogelijkheden om voor hun belang op te komen. Dit betekent dat bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure op microniveau in zoverre rekening moet worden gehouden met de belanghebbenden, dat zij in staat worden gesteld voor hun belang op te komen. Dit wordt hierna onder 2 uitgewerkt. Het betekent echter ook dat, waar zij voldoende mogelijkheden hebben om hun belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst zelf te verdedigen, hier op de notaris en de hypotheekhouder geen zorgplicht rust voor hun belang op te komen.

De overige betrokkenen

Naast de belanghebbenden zijn er ook andere betrokkenen bij de executoriale verkoop. Van een aantal van deze betrokkenen is de positie bij de executoriale verkoopprocedure in de wet vastgelegd, maar op andere wijze dan ten aanzien van de hiervoor vermelde belanghebbenden.²⁴²

In dit verband wordt allereerst gewezen op de huurder. Hoewel de huurder een *persoonlijk* recht heeft, lijkt zijn positie in één opzicht op die van de belanghebbenden. De huurder deelt immers ook mee bij de verdeling van de opbrengst, zo volgt uit art. 3:270 BW. Zijn positie is echter in zoverre anders, dat zijn recht niet van rechtswege teniet gaat door de executoriale verkoop, zoals ten aanzien van de andere belanghebbenden wel gebeurt ex art. 3:273 BW. Bovendien verschilt de wijze van informatievoorziening aan de huurder van die van de belanghebbenden – de huurder is niet vermeld in art. 546 jo. 515 lid 2, 517 lid 1 en 523 Rv – en heeft de huurder evenmin de ‘extra’ verweermiddelen van de belanghebbenden (art. 546 jo. 517 lid 2 Rv en art. 3:268 lid 2 BW). Wel wordt de executoriale verkoop aan de huurder aangezegd, indien sprake is van huur van woonruimte én de hypotheekhouder verlof vraagt voor het inroepen van het huurbeding (art. 549 lid 1 Rv). In dat geval wordt de huurder betrokken

heeft gelegd op de koopprijs en de huurder met een schadevergoedingsrecht ex art. 3:264 lid 7 BW.

²⁴² De positie van de huurkoper op grond van de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken blijft hier buiten beschouwing, gezien de geringe mate waarin van deze wet gebruik wordt gemaakt. Zie Van Velten 2012-II.

in de procedure van verlof voor het inroepen van het huurbeding, in die zin dat hij wordt opgeroepen voor een zitting (art. 549 lid 2 Rv). De positie van de huurder bij executoriale verkoop komt nader aan de orde in onderdeel 6.6.

De positie van de rechthebbende tot een kwalitatieve verplichting bij executoriale verkoop is ook in de wet vastgelegd. Uit de tekst van art. 6:252 BW kan worden afgeleid dat een kwalitatieve verplichting die vóór de vestiging van het hypotheekrecht is ingeschreven in de openbare registers in stand blijft na executoriale verkoop en overdracht. Uit art. 6:252 lid 3 BW blijkt dat de kwalitatieve verplichting die ná de vestiging van het hypotheekrecht is ingeschreven in de openbare registers 'geen werking heeft' tegen de hypotheekhouder of diens rechtsopvolgers. De strekking van deze bepalingen, alsmede de vraag in hoeverre met de rechthebbende tot een kwalitatieve verplichting bij executoriale verkoop rekening moet worden gehouden, komt in onderdeel 6.5.4.1 aan de orde.

Ook de positie van de retentor bij de executoriale verkoop kan uit de wet worden afgeleid, zij het dat zijn positie (nog) minder duidelijk is dan die van de rechthebbende tot een kwalitatieve verplichting. In art. 3:291 BW staat in welke gevallen de retentor zijn rechten kan inroepen tegen bijvoorbeeld de hypotheekhouder met een anterieur en een posterieur recht. Hieruit kan worden afgeleid dat in overige gevallen het retentierecht niet kan worden ingeroepen en derhalve vervalt bij executoriale verkoop. De strekking van deze bepalingen, alsmede de vraag in hoeverre met de retentor bij executoriale verkoop rekening moet worden gehouden, komt in onderdeel 6.5.4.2 aan de orde.

De positie van de curator bij executoriale verkoop is in de Faillissementswet geregeld.²⁴³ Op grond van art. 57 lid 1 Fw moet de curator de executoriale verkoop in beginsel dulden, zij het dat hij een termijn kan stellen aan de hypotheekhouder om tot executoriale verkoop over te gaan (art. 58 Fw). Verkoopt de hypotheekhouder niet binnen die termijn, dan kan de curator de executoriale verkoop zelf ter hand nemen. In de Faillissementswet is voorts vastgelegd dat de curator bevoegd is tot lossing (art. 58 Fw) en in geval van executoriale verkoop mede de rechten van de beslagleggers uitoefent (art. 57 lid 3 Fw). Voor een korte bespreking van de gevolgen van een faillissement voor de executoriale verkoop wordt verwezen naar onderdeel 6.2.4.5.

Voor de overige betrokkenen, zoals bijvoorbeeld de gerechtigde tot een kettingbeding, geldt dat hun positie bij de executoriale verkoop niet als zodanig

²⁴³ Bij toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen geldt *mutatis mutandis* hetzelfde op grond van art. 313 Fw.

in de wet is vastgelegd. Voor de analyse van hun positie maak ik daarom gebruik van een uitspraak van de president van de Rechtbank Amsterdam uit 1993, waaruit algemene uitgangspunten worden afgeleid.²⁴⁴ Deze uitspraak ziet weliswaar op de vraag of de hypotheekhouder bij de executoriale verkoop van een hotel rekening moet houden met de *belangen van het personeel*, maar biedt bruikbare uitgangspunten voor dit onderdeel:

‘Bij de beoordeling van deze voorzieningen is uitgangspunt, gelijk ook de Banken hebben betoogd, dat de wetgever nauwkeurig heeft geregeld welke rechten een executerende hypotheekhouder heeft te respecteren. De belangen van personen werkzaam in de onderneming die in de verhypothekerde zaak wordt gevoerd, vallen daar niet onder.

Verder blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de executerende hypotheekhouder en de notaris – mede in het belang van de lager gerangschikten – de veilingvoorwaarden zodanig dienen op te stellen dat een zo hoog mogelijke opbrengst kan worden gerealiseerd.

Het opnemen van de onder 2.A tot en met C geformuleerde voorwaarden in de veilconditiën, ter bescherming van de belangen van de werknemers, zou een inbreuk vormen op de wettelijke regeling van het hypotheekrecht. Bovendien kan allerminst worden uitgesloten dat deze voorwaarden, die de verkrijger in zijn vrijheid van handelen beperkten, potentiële kopers van de onroerende zaak zullen afschrikken en de opbrengst negatief zullen beïnvloeden.

Hoe wezenlijk de belangen van de werknemers van het Victoria Hotel ook zijn, tegen de achtergrond van deze overwegingen kan niet worden volgehouden dat de Banken misbruik maken van hun bevoegdheid tot parate executie en uit dien hoofde jegens de werknemers onrechtmatig handelen door te weigeren meergenoemde voorwaarden in de veilconditiën [*sic*] op te nemen.’

Uit deze overwegingen komt het wettelijke onderscheid tussen direct betrokkenen, belanghebbenden en andere betrokkenen naar voren. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat met de belangen van overige betrokkenen slechts rekening dient te worden gehouden indien dat geen gevaar oplevert voor de te behalen opbrengst. Het bepalende criterium voor deze belanghebbenden is dan ook welke gevolgen het in stand houden dan wel respecteren van hun recht heeft voor de verwachte opbrengst. In de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld, levert het respecteren van de rechten van de werknemers naar verwachting een *lagere opbrengst* op. Om deze reden wordt in dit geval met hun belangen bij de executoriale verkoop geen rekening gehouden.

2. De mogelijkheden voor de betrokkenen om voor hun rechten op te komen

Een tweede aspect dat van belang is, betreft de mogelijkheid die de wet aan de betrokkenen biedt om voor hun belangen op te komen. Deze mogelijkheden staan in tabel 4.1. Zij komen bij de bespreking van de zorgplicht van de notaris

²⁴⁴ Pres. Rb. Amsterdam 5 januari 1993, *KG* 1993, 63 (Victoria Hotel). Zie over deze uitspraak Van Velten 1993, p. 192-194.

HOOFDSTUK 4

en hypotheekhouder in hoofdstuk 5 nog nader aan de orde. Voor dit onderdeel verdient vast opmerking dat op de notaris en hypotheekhouder de verplichting rust de betrokkenen in staat te stellen voor hun belangen op te komen. Concreter geformuleerd: de notaris en de hypotheekhouder zullen deze betrokkenen *zo* moeten informeren dat zij daadwerkelijk in staat zijn de hun door de wet gegeven mogelijkheden ten behoeve van de bescherming van hun belangen te benutten. Dit aspect is bijvoorbeeld van belang bij de beantwoording van de vraag of de notaris gehouden is tot dienstweigering als het recht van een gerechtigde tot een kettingbeding bij de executoriale verkoop dreigt te worden geschonden. Zie daarvoor onderdeel 5.2.4.2, onder 1 en 6.5.3.

<i>Wetsbepaling</i>	<i>Wie?</i>	<i>Wat?</i>
art. 3:234 BW	Derde-hypotheekgever (lid 1)/ Beperkt gerechtigde (lid 2)	Verlangen eerst verkopen andere goederen schuldenaar.
art. 3:268 lid 2 BW	Hypotheekgever, hypotheekhouder, beslaglegger of beperkt gerechtigde	Voorleggen gunstiger aanbod bij onderhandse executoriale verkoop, mits belang bij hogere opbrengst.
art. 3:271 BW	Belanghebbenden, genoemd in art. 3:270 lid 5 BW	Verzoeken gerechtelijke rangregeling voor verdeling van de opbrengst.
art. 3:272 lid 2 BW	Belanghebbenden die in rangregeling zijn begrepen	Vragen rekening en verantwoording aan hypotheekhouder/verkoper.
art. 438 en 438a Rv	Iedere betrokkene	Executiesgeschil, veelal kort geding Desgevorderd kan vzt. bepalen over: schorsen executie; voortzetten executie tegen zekerheidstelling; herstel verzuimde formaliteiten; gedogen/medewerking verlenen aan executie.
art. 438 lid 4 Rv	Deurwaarder	Bezwaar 'dat een onverwijldde voorziening nodig maakt'.
art. 517 lid 2 Rv	Belanghebbenden, genoemd in art. 517 lid 1 Rv	Verkoop vrij van niet tegen hun recht inroepbare rechten of beperkingen.
art. 518 lid 1 Rv	Iedere betrokkene ('de meest gereede partij') of de notaris	Inhoudelijk geschil over veilingvoorwaarden, de wijze van verkoop of dag, uur of plaats veiling.
art. 520 lid 2 Rv	Iedere betrokkene ('de meest gereede partij')	Gezamenlijke verkoop onroerende zaken in verschillende arrondissementen.
art. 545 lid 1 Rv	Beslaglegger en hypotheekhouder	Termijn vaststellen voor de executoriale verkoop.
art. 58 lid 1 Fw	Curator in faillissement ²⁴⁵	Redelijke termijn stellen aan hypotheekhouder voor verkoop.
art. 548 lid 3 Rv	Belanghebbenden, genoemd in art. 544 Rv	Horen door vzt. op hun verlangen bij onderhandse executoriale verkoop.
art. 549 lid 2 Rv	Huurders (+ evt. onderhuurders)	Horen bij verzoek tot verlov voor het inroepen van het huurbeding.

Tabel 4.1: De mogelijkheden voor betrokkenen om voor hun rechten op te komen op grond van de wettelijke regeling

²⁴⁵ Bij toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen geldt *mutatis mutandis* hetzelfde op grond van art. 313 Fw.

4.3.1.2 Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (Stichting WEW)²⁴⁶

Bij de bespreking van de positie van de overige betrokkenen bij de executoriale verkoop, mag ook de Stichting WEW niet ontbreken. Het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst bij de executoriale verkoop is namelijk ook voor deze Stichting van belang. De Stichting WEW geeft met de Nationale Hypotheekgarantie (NHG) een borgstelling voor de terugbetaling van de geldlening aan de hypotheekhouder. In geval van verkoop van de woning met verlies kan de hypotheekhouder van de Stichting WEW nakoming vorderen (art. 7:850 BW), in die zin dat de stichting gehouden is het verschil te voldoen tussen de vordering waarvoor tot executoriale verkoop werd overgegaan en de verkoopopbrengst. Op deze wijze wordt de vordering van de hypotheekhouder voldaan en blijft de oud-hypotheekgever niet met een restschuld achter. Het Rijk en de gemeenten fungeren hierbij als achtervang voor de Stichting WEW; indien de stichting niet aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen, wordt hieraan door de overheid voldaan.

Het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst, zodat bij lening waarvoor de Stichting WEW borg staat zo min mogelijk een beroep op de Stichting WEW moet worden gedaan, is dan ook niet alleen voor de Stichting WEW van belang. Gezien de achtervangfunctie van de overheid, is het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst ook voor de maatschappij in het algemeen van belang. Zo bezien is de positie van de Stichting WEW gelijk aan die van de hypotheekgever, zij het slechts voor zover het gaat om de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder. Zodra de vordering van de hypotheekhouder uit de opbrengst kan worden voldaan, eindigt de behoefte van de Stichting WEW aan het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst.

De Stichting WEW oefent overigens zelf invloed uit op haar belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst, door in haar Voorwaarden en Normen voor te schrijven onder welke voorwaarden mag worden overgegaan tot executoriale verkoop en op welke wijze de executoriale verkoop dient plaats te vinden. Deze voorschriften worden in onderdeel 5.3.1.3, onder 3 nog besproken. De hypotheekhouder heeft geen wettelijke plicht deze voorschriften bij de executoriale verkoop te volgen. Het belang van de Voorwaarden en Normen is er echter in gelegen dat de hypotheekhouder bij executoriale verkoop in beginsel aan deze voorwaarden moet voldoen, wil de Stichting WEW overgaan tot betaling aan de hypotheekhouder van het verschil tussen de vordering en de executieopbrengst.²⁴⁷ Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de

²⁴⁶ De achtergrondinformatie over de Stichting WEW/NHG is afkomstig van www.nhg.nl. Zie onderdeel 4.3.2.1 voor het aantal leningen met hypothecaire zekerheid en NHG.

²⁴⁷ Zie voor gevallen waarin de Stichting WEW niet overging tot kwijtschelding van haar regresvordering op de hypotheekgever/schuldenaar na executoriale verkoop: →

hypotheekhouder in dit opzicht een *zorgplicht* heeft te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bij vorderingen met borgstelling van de Stichting WEW, wordt verwezen naar onderdeel 5.3.1.3, onder 3.

4.3.2 Het hoofddoel uitgewerkt op macroniveau

Ook bij het ontwerp van regelgeving op het gebied van de executoriale verkoopprocedure dient een zo hoog mogelijke opbrengst de leidraad te zijn. Het belang is op dit niveau gelegen in de importantie van financiering met hypothecaire zekerheid van woonruimte in Nederland.

4.3.2.1 Het belang van financiering met hypothecaire zekerheid

Het belang van financiering door middel van hypothecaire zekerheid voor de aankoop van een woning (en andere onroerende zaken, welke hier verder buiten beschouwing worden gelaten) mag niet worden onderschat. Zo blijkt uit onderzoek van het CBS dat deze vorm van financiering verreweg de belangrijkste bron is van financiering voor woonruimte in Nederland; 87% van de koopwoningen is gefinancierd met een geldlening in ruil waarvoor hypotheek is gegeven.²⁴⁸ Daarvan is 33% afgesloten met NHG en 67% zonder NHG. Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat van de ruim zeven miljoen zelfstandige woningen bijna drie miljoen uit huurwoningen bestaat en ruim vier miljoen uit koopwoningen; in een percentage uitgedrukt bestaat 59% van de woningen uit koopwoningen.²⁴⁹ Een meerderheid van de woningen in Nederland betreft derhalve koopwoningen én een zeer ruime meerderheid van deze woningen is gefinancierd door middel van een geldlening tegen hypothecaire zekerheid.

Het is aannemelijk dat het grote aandeel koopwoningen verband houdt met het overheidsbeleid van de afgelopen decennia. Het bevorderen van het eigenwoningbezit in Nederland is na de Tweede Wereldoorlog ook steeds een

Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State 23 december 2009, *LJN* BK7478 (de hypotheekgever heeft niet aangetoond dat hij werkloos is geworden – en daardoor zijn hypothecaire verplichtingen niet meer kon voldoen – en heeft zich onvoldoende ingespannen om een executieveiling te voorkomen); Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State 14 juli 2010, *LJN* BN1087 (hypotheekgever had geen brandverzekering afgesloten); Rb. Rotterdam 5 januari 2012, *LJN* BV3068 (onvoldoende inspanningen hypotheekgever om executoriale verkoop te voorkomen).

²⁴⁸ Het wonen overwogen 2009, p. 55. Het onderzoek van het CBS is gehouden in de periode september 2008 - mei 2009. De 'eerste effecten van de crisis' zijn derhalve in dit onderzoek meegenomen, waarbij CBS echter voornamelijk doelt op de effecten van de economische crisis voor 'de vraag naar (koop)woningen'. Het CBS concludeert echter ook dat de 'risico's voor de koopsector tussen 2006 en 2009 aanzienlijk toegenomen' zijn. Deze conclusie is met name van belang voor het hierna te behandelen tweede aspect. (Het wonen overwogen 2009, p. 7 en 14-15.)

²⁴⁹ Het wonen overwogen 2009, p. 14-15.

speerpunt geweest van de Nederlandse overheid.²⁵⁰ Een belangrijk onderdeel daarvan vormt de stimulering van financiering met hypothecaire zekerheid voor de aankoop van woonruimte.²⁵¹ Voorbeelden hiervan zijn de oprichting van de Stichting WEW in 1993, met als doel ‘het bevorderen van het eigenwoning-bezit’,²⁵² en de fiscale regeling van de ‘hypotheekrenteaftrek’ (art. 3.110 e.v. Wet IB 2001). Deze conclusie kan ook volgen uit het onderzoek van het CBS worden getrokken, nu daaruit blijkt dat in 1986 de verhouding huur/koop nog omgekeerd was: Destijds bestond 43% van de totale woningvoorraad uit koopwoningen, momenteel is dat dus 59%.²⁵³

Dit stimuleringsbeleid heeft echter ook een keerzijde, die vooral de laatste jaren sterk naar voren komt. De afgelopen jaren hebben diverse instellingen kritiek geuit op het Nederlandse systeem, dat overkreditering in de hand zou werken.²⁵⁴ Deze kritiek, in combinatie met de ervaringen uit de economische crisis hebben ertoe geleid dat de overheid (voorzichtig) bereid is gebleken tot ingrepen in de woningmarkt om overkreditering te voorkomen.²⁵⁵

Deze bereidheid uit zich bijvoorbeeld in een aanscherping van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen.²⁵⁶ In deze nieuwe Gedragscode is onder meer een maximale loan-to-value-ratio van 104% (vermeerderd met, indien van toepassing, de verschuldigde overdrachtsbelasting) voorgeschreven. Daarnaast is het aflossingsvrije deel van de lening met hypothecaire zekerheid beperkt tot 50% van de marktwaarde van de woning en zijn de mogelijkheden om meer te lenen dan de loan-to-income-ratio beperkt.²⁵⁷ Bij de bespreking van deze aanscherping met de vaste commissie voor Financiën verliest de minister van Financiën het belang van financiering met hypothecaire zekerheid niet uit het oog:

‘Aanpassing van de gedragscode is nodig om de consument tegen overkreditering te beschermen. De kredietcrisis heeft duidelijk gemaakt dat overkreditering grote gevolgen kan hebben, zowel voor de consument als voor de financiële stabiliteit. De Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandse Bank (DNB), het Internationaal Monetair Fonds (IMF) en de Financial Stability Board (FSB) hebben hun zorgen over de ruimte kredietnormen in Nederland de afgelopen jaren meerdere malen aangegeven. Tegelijkertijd is van belang dat maatregelen op dit terrein geen grote gevolgen hebben voor de huizenmarkt. Met de nieuwe gedragscode hypothecaire financiering wordt naar mijn mening aan deze beide kanten recht gedaan.’²⁵⁸

²⁵⁰ Huijgen 2007, p. 4. Vgl. Molenaar 1999, p. 8-10; Fesevur 1979, p. 19-20.

²⁵¹ Huijgen 2007, p. 4-7.

²⁵² www.nhg.nl. Zie ook onderdeel 4.3.1.2.

²⁵³ Het wonen overwogen 2009, p. 14-15.

²⁵⁴ Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 29 507, nr. 99, p. 6 (Verslag); Overzicht Financiële Stabiliteit in Nederland 2010, p. 17-18; Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers 2009, m.n. p. 24-25.

²⁵⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 507, nr. 99, p. 6-7 (Brief van de minister van Financiën).

²⁵⁶ Te raadplegen via www.nvb.nl. De nieuwe Gedragscode Hypothecaire Financieringen is op 1 augustus 2011 in werking getreden.

²⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 507, nr. 97, p. 1-2 (Brief van de minister van Financiën).

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 507, nr. 99, p. 6-7 (Verslag van een schriftelijk overleg).

In de Voorjaarsnota 2012 zijn ook maatregelen opgenomen om de schuldenlast verder te beperken: de verplichting van minimaal annuïtair aflossen in dertig jaar om voor ‘hypotheekrenteaftrek’ in aanmerking te komen en de loan-to-value-ratio wordt geleidelijk afgebouwd naar 100% (inclusief overdrachtsbelasting).²⁵⁹ De plannen krijgen in het Belastingplan 2013 verder vorm.

In de verantwoording van de maatregelen klinkt het besef van de noodzaak ervan door: ‘Sinds de kredietcrisis staan de huizenprijzen onder druk en is het aantal verhuizingen laag. Ook het vertrouwen op de woningmarkt heeft een dreun gekregen. Hierdoor is het vraagstuk van de noodzaak tot schuldreductie, zowel op macro-(overheidsfinanciën), meso- (financiële instellingen) als microniveau (consumenten), nadrukkelijk op de agenda gekomen. Door de eurocrisis zijn voornoemde effecten alleen maar versterkt en is de noodzaak tot schuldreductie nog pregnanter geworden. Dit heeft ertoe geleid dat maatregelen op de koop- en huurmarkt onontkoombaar zijn geworden.’

4.3.2.2 Het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst

Het belang van financiering met hypothecaire zekerheid voor de aankoop van een woning wordt ook gediend door de financier uitzicht te bieden op een efficiënte en effectieve wijze van verhaal die hem zo veel mogelijk zekerheid biedt dat zijn vordering uit de opbrengst voldaan kan worden, in het geval de hypotheekgever zijn verplichtingen niet nakomt. Door ook op macroniveau een zo hoog mogelijke opbrengst na te streven, wordt dan ook in het belang van de kredietverlening gehandeld.

Het uitgangspunt van een zo hoog mogelijke opbrengst bij het ontwerp van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure past derhalve bij het overheidsbeleid van het bevorderen van het eigenwoningbezit, waarbij financiering met hypothecaire zekerheid een belangrijke rol speelt. Dit hoofddoel houdt evenwel ook stand in tijden waarin de overheid tracht overkreditering zo veel mogelijk te voorkomen en daarom beperkingen stelt aan financiering met hypothecaire zekerheid voor de aankoop van een woning.²⁶⁰ Ook dan zal het voor de bereidheid van een financier van belang zijn hem zo veel mogelijk zekerheid te bieden dat hij de door hem verstrekte lening op een effectieve en efficiënte wijze kan verhalen, waarbij hem uitzicht wordt geboden op een zo hoog mogelijke opbrengst.

4.3.2.3 Het doel van het wetsvoorstel Executieveilingen

Uit de titel van het wetsvoorstel Executieveilingen lijkt in eerste instantie te volgen dat bij deze wet een ander doel voorop staat, namelijk het dienen van het belang van de koper, in het bijzonder de particuliere koper. In de titel van het wetsvoorstel staat namelijk dat het wetsvoorstel gericht is op ‘het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken’. Een van de achterliggende gedachten daarbij is het verhogen

²⁵⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 280, nr. 1 (Voorjaarsnota 2012), p. 22-23.

²⁶⁰ Zoals momenteel in beperkte mate gebeurt, zie onderdeel 4.3.2.1.

van de deelname van de particulier aan de executoriale verkoop. Het lijkt er dan ook in eerste instantie op dat in het wetsvoorstel het bereiken van de particulier voorop staat. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt echter tot uitdrukking gebracht dat het achterliggende doel is ‘hiermee de opbrengst van de verkoop van onroerende zaken te verhogen, hetgeen in het belang is van zowel de schuldeisers als de schuldenaar’.²⁶¹

Het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst is dan ook wel de *achterliggende* reden van de invoering van de ‘kopervriendelijke’ wijzigingen. De wetswijzigingen zijn mede ingegeven door de verschillende, in onderdeel 3.2 besproken onderzoeken die wijzen op het gebrek aan particuliere bidders bij de veiling en dientengevolge lagere opbrengsten. Het is echter om meerdere reden van het belang scherp voor ogen te houden welk doel *voorop* staat; dat is het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

Het scherp voor ogen houden van het hoofddoel is allereerst belangrijk bij beslissingen die in het wetgevingsproces genomen moeten worden op het moment dat het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst enerzijds en het belang van het bereiken van de particuliere bidder anderzijds niet tot eenzelfde uitkomst leiden. Bijvoorbeeld: een voorgestelde regeling is weliswaar particulier-vriendelijk, maar (uiteindelijk) niet in het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst. In dat geval zal mijns inziens toch het laatste belang de voorkeur moeten krijgen.

Een voorbeeld. Op grond van art. 7:2 lid 2 BW heeft, kort gezegd, de particuliere koper van een woning een bedenktijd van drie dagen na de terhandstelling van de koopovereenkomst. Zonder opgave van reden kan hij binnen die termijn de koopovereenkomst ontbinden. Het doel van deze regeling is bescherming van de consument bij de koop van een woning.²⁶² In art. 7:2 lid 5 BW is de toepassing van de bepaling uitgesloten voor de koop op een openbare veiling. Uit de memorie van antwoord blijkt dat de reden hiervoor is dat anders ‘ernstig afbreuk’ zou worden gedaan aan de ‘doeltreffendheid en doelmatigheid’ van de openbare veiling.²⁶³ Hier wijkt het doel van het bereiken van de particuliere koper voor het doel van een efficiënte en effectieve procedure – een belangrijk element van het hoofddoel van de executoriale verkoop, zie onderdeel 4.3.3.2.

Ten tweede kan met een te sterke focus op het bereiken van de particulier, de diversiteit van het aanbod op de executoriale verkoop uit het oog worden verloren. Art. 3:268 BW en de aansluitende bepalingen in het Wetboek van Bur-

²⁶¹ MvT, p. 1. In onderdeel 4.3.3 komt aan de orde dat het thans in de memorie van toelichting vermelde hoofddoel weliswaar een betere keuze is, maar aanscherping verdient.

²⁶² *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 1 (MvT, herdruk).

²⁶³ *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p.14 (MvA).

gerlijke Rechtsvordering zien op de executoriale verkoop van alle soorten onroerende zaken door de hypotheekhouder, terwijl het doel van het bereiken van de particuliere koper slechts ziet op één specifieke vorm: de executoriale verkoop van een woning en dan ook nog voor zover het een woning betreft die voor een particulier interessant zou kunnen zijn. Het aanbod bij de executoriale verkoop is heterogeen, hetgeen in de wettelijke regeling tot uitdrukking dient te komen.

Het wetsvoorstel brengt dit op enkele plaatsen ook tot uitdrukking, door de vermelding dat een bepaald voorschrift alleen geldt voor *een tot bewoning bestemde onroerende zaak*. Ik wijs hier op de quasi-dwingendrechtelijke kostenverdeling (art. 524a nieuw-Rv), de risicoregeling (art. 525a lid 4 nieuw-Rv), de verplichte inroeping van het huurbeding (art. 3:264 lid 1 nieuw-BW) en de verplichting voor bewoners bezichtiging en het aanbrengen van kennisgevingen te dulden (art. 3:267a lid 1 nieuw-BW).

Ik vraag mij af of de vermelding dat deze voorschriften alleen gelden voor tot bewoning bestemde onroerende zaken voldoende recht doet aan de heterogeniteit van het aanbod. Zoals in onderdeel 4.3.3.3 zal worden uitgewerkt, dient de wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure zo te worden ingericht dat voor het specifieke object dat verkocht moet worden een zo hoog mogelijke opbrengst kan worden behaald. Op *microniveau* kan vervolgens de beslissing worden gemaakt of voor de desbetreffende onroerende zaak de particulier bereikt moet worden.

4.3.2.4 Het waarborgen van de belangen van de betrokkenen op macroniveau

In het bovenstaande is de positie van de betrokkenen bij de executoriale verkoop nog onbelicht gebleven. Met het oog op de beginselen van rechtszekerheid en rechtsbescherming dient ook op macroniveau met deze betrokkenen rekening te worden gehouden. Het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst staat weliswaar voorop bij het ontwerp van wetgeving op het gebied van de executoriale verkoop, maar de verstrekkende gevolgen voor sommige betrokkenen brengt mee dat de positie van deze betrokkenen ook in de wettelijke regeling dient te worden vastgelegd. De afwegingen die hierbij gemaakt dienen te worden vinden bij uitstek op macroniveau plaats en wel in de wetgeving, nu het hier gaat om regelingen die in lijn moeten worden gebracht met de algemene vermogensrechtelijke uitgangspunten, zoals het onderscheid tussen beperkte en persoonlijke rechten in het Burgerlijk Wetboek.

Bij de totstandkoming van de regeling van onderhandse executoriale verkoop komt deze afweging expliciet naar voren:

‘Zijn er mitsdien belangrijke redenen om de hypotheekhouder als wijze van executie onderhandse verkoop toe te staan, anderzijds dienen de belangen van de direct daarbij

betrokkenen voldoende gewaarborgd te worden. Het lid laat daarom de onderhandse verkoop als wijze van executie slechts onder bepaalde voorwaarden toe.²⁶⁴

Mijns inziens dienen op macroniveau de volgende afwegingen plaats te vinden. Ten eerste zal de wetgever moeten vaststellen *welke* rechten als gevolg van de executoriale verkoop niet langer kunnen worden ingeroepen. Een heldere regeling op dit punt is van belang voor de rechtszekerheid. Als de gevolgen van de executoriale verkoop voor de betrokkenen duidelijk in de wettelijke regeling zijn opgenomen of daaruit kunnen worden afgeleid, is ook de positie van een recht in het goederenrechtelijke systeem duidelijk.²⁶⁵ Ten tweede is het, eveneens met het oog op de rechtszekerheid, van belang dat deze betrokkenen ook daadwerkelijk worden geïnformeerd over de voorgenomen executoriale verkoop en tijdens de executoriale verkoopprocedure. Hiermee worden de betrokkenen op de hoogte gebracht van de verkoop en de gevolgen voor hun recht. Hiertoe dient bij het ontwerp van de wettelijke regeling te worden vastgelegd in hoeverre en op welke wijze deze betrokkenen worden geïnformeerd. Ten slotte dient, uit het oogpunt van rechtsbescherming, de wetgever vast te stellen in hoeverre en op welke wijze de betrokkenen voor hun belangen kunnen opkomen.²⁶⁶ In onderdeel 6.5 wordt de huidige wettelijke regeling in dit opzicht geanalyseerd, zodat voor een uitgebreidere bespreking naar dat onderdeel wordt verwezen.

4.3.3 Aanvulling op het hoofddoel: het zo veel mogelijk terugdringen van de kosten

Hiervoor is het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst als hoogste doel van de executoriale verkoop aangemerkt. Dit betoog wordt in dit onderdeel in zoverre aangevuld, dat hier zal worden uitgewerkt dat het gaat om het behalen van een zo hoog mogelijke *netto*-opbrengst; dat is de opbrengst van de executoriale verkoop verminderd met de kosten die met het behalen daarvan gepaard zijn gegaan. Dit aspect wordt eveneens voor de twee hierboven aangehouden niveaus uitgewerkt.

4.3.3.1 Het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst op microniveau

Bij het terugdringen van de kosten op het microniveau gaat het om de kosten in *enge* zin; de kosten die bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure

²⁶⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

²⁶⁵ In onderdeel 4.3.1.1 is besproken dat de huidige regeling onderscheid maakt tussen belanghebbenden, van wie het recht door de executoriale verkoop vervalt in ruil waarvoor zij meedelen in de executieopbrengst, en overige betrokkenen. Zie verder onderdeel 6.5.

²⁶⁶ Zie voor de huidige wettelijke regeling op dit punt tabel 4.1.

worden gemaakt.²⁶⁷ Het belang van het zo veel mogelijk terugdringen van de kosten ligt hier in de bij de verkoop te behalen netto-opbrengst.²⁶⁸ Hier geldt dan ook dat het terugdringen van de kosten en dientengevolge behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst niet alleen in het belang is van de hypotheekhouder (en de overige belanghebbenden), maar tevens in het belang van de hypotheekgever die, zoals Van Kleffens reeds in 1861 betoogde,

‘daarom, zoo althans zijne goederen niet voor de volle waarde zijn bezwaard, voor even zoo veel bevoordeeld zal zijn, als er kosten zijn bespaard’.²⁶⁹

Deze kosten worden ofwel betaald door de koper, ofwel door de hypotheekhouder, ofwel door beiden. Onder de huidige wettelijke regeling wordt de verdeling van de kosten overgelaten aan de notaris en de hypotheekhouder die de veilingvoorwaarden vaststellen, er is geen wettelijke regeling hiertoe.²⁷⁰ Wel worden op grond van art. 3:270 lid 1 BW de kosten van de executie uit de koopprijs voldaan. Het gaat hier, zo maakt Albers-Dingemans duidelijk, om de kosten ‘die noodzakelijk zijn voor de uitwinning van het goed’.²⁷¹ Voor de executoriale verkoop door de hypotheekhouder gaat het om de kosten van het exploit van aanzegging, de betekening aan de (onder)huurder, de advertentiekosten en de kosten van de veiling.²⁷² In art. 9 AVVE 2006 worden deze kosten voor rekening van de koper gebracht, zodat zij door de koper aan de notaris worden betaald en de notaris deze kosten vervolgens aan de betrokkenen betaalt.

In het wetsvoorstel worden de kosten grotendeels ten laste van de hypotheekhouder gebracht, met uitzondering van: de overdrachts- en omzetbelasting, het honorarium van de notaris, het kadastrale recht en de kosten van kadastrale recherche en de kosten van ontruiming.²⁷³ Dit is een quasi-dwingendrechtelijke regeling, omdat hiervan niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Ook geldt deze kostenverdeling alleen indien sprake is van *een tot bewoning bestemde onroerende zaak*. De reden achter deze wijziging is dat de huidige situatie, waarin het merendeel van de kosten door koper betaald moeten worden, voor particulieren een drempel vormt om deel te nemen.²⁷⁴

²⁶⁷ Kosten in deze zin omvatten, zo blijkt bij Albers-Dingemans 1998, p. 34-36, meer dan de executiekosten als bedoeld in art. 3:270 lid 1 BW.

²⁶⁸ Vgl. Holtman, ‘Territoriumgrenzen van de tuchtrechter’, *Notariaat Magazine* april 2008.

²⁶⁹ Van Kleffens 1861, p. 11.

²⁷⁰ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

²⁷¹ Albers-Dingemans 1998, p. 35.

²⁷² Zie ook Albers-Dingemans 1998, p. 35.

²⁷³ Art. 524a nieuw-BW.

²⁷⁴ MvT, p. 10.

Zoals in onderdeel 4.3.2.3 is betoogd, is bij de analyse van de wenselijkheid van een regeling in de eerste plaats van belang welke gevolgen zij heeft voor de opbrengst en *niet* of zij het voor particulieren aantrekkelijker maakt deel te nemen aan de executoriale verkoop. De regeling wordt hier dan ook geanalyseerd in het licht van de gevolgen voor de opbrengst.

Strikt bezien maakt het voor de netto-opbrengst niet uit wie de kosten betaalt. Indien de hypotheekhouder betaalt dan worden de kosten uit de opbrengst voldaan, voordat uitbetaling aan hem (en de overige belanghebbenden) plaatsvindt. De uiteindelijk te verdelen netto-opbrengst is dan afhankelijk van de kosten die zijn gemaakt in de voorbereiding van de executoriale verkoop. Als de kosten worden betaald door de koper, zal de koper bij het uitbrengen van zijn bod rekening houden met de kosten die hij moet betalen en zijn bod daarop aanpassen. Aangenomen dat de koper bij het uitbrengen van zijn bod volledig op de hoogte is van de kosten die hij moet betalen, maakt het voor de onder de belanghebbenden te verdelen opbrengst geen verschil wie de kosten betaalt.²⁷⁵

Bijvoorbeeld: de kosten zijn 10 en de waarde die de uiteindelijke koper toekent aan het goed is 400. In beide gevallen is het onder de belanghebbenden te verdelen bedrag 390. Immers, ofwel de koper betaalt 400 en de kosten worden daarop in mindering gebracht, ofwel de koper betaalt 390, omdat hij bij zijn bod reeds rekening houdt met de betaling van 10.

Desondanks is het interessant te bezien in hoeverre het ten laste van de verkoper brengen van de kosten zou kunnen bijdragen aan een hogere opbrengst, zoals beoogd in het wetsvoorstel. Dit ziet met name op de executoriale verkoop van een woning die naar verwachting (ook) particulieren, dat wil zeggen niet-professionele kopers zal trekken. Door de kosten in dat geval te laten betalen door de verkoper heeft de koper zekerheid over de financiële gevolgen van het uitbrengen van zijn bod. Het is voor de bieder tijdens het biedproces steeds duidelijk welk bedrag hij moet betalen, namelijk het bedrag van zijn bod (vermeerderd met overdrachtsbelasting). Hierdoor is hij steeds in staat een bod uit te brengen dat overeenkomt met de waarde die hij toekent aan het goed. Het ontbreken van onzekerheid omtrent de financiële gevolgen van het meebieden zou kunnen leiden tot hogere biedingen.²⁷⁶ Een dergelijke regeling is bijvoorbeeld interessant indien het niet mogelijk blijkt steeds (per bod) aan te geven wat de kosten zijn die ten laste van de bieder komen en daarmee wat het totaalbedrag is dat hij moet betalen als hij een bod uitbrengt.

Het bovenstaande neemt niet weg dat het ongewenst is als de afwegingen omtrent de kostenverdeling op macroniveau plaatsvinden. Door deze afweging

²⁷⁵ Zie ook Ritsema & Dutmer 2010, onder 3.1.

²⁷⁶ Zie ook Ritsema & Dutmer 2010, onder 3.1.

op microniveau toe te staan, kan afhankelijk van het aan te bieden object en het als gevolg daarvan te verwachten publiek gekozen worden voor een bijpassende kostenverdeling. Weliswaar is in het wetsvoorstel de regeling alleen opgenomen voor *tot bewoning bestemde onroerende zaken*, maar dit neemt niet weg dat de afweging op microniveau moet plaatsvinden.

Ter illustratie: er wordt op de executoriale verkoop een woning aangeboden waarin een wietplantage heeft gezeten, die inmiddels door de politie ontmanteld is. De hypotheekhouder wil dit pand zo snel mogelijk verkopen, om het verder oplopen van achterstanden te voorkomen. Met de hypotheekgever is geen contact meer te krijgen. Naar verwachting kan de vordering van de hypotheekhouder bij lange na niet uit de executieopbrengst voldaan worden, terwijl het incasseren van de restschuld bij de naar het buitenland vertrokken hypotheekgever ook een onmogelijke opgave lijkt. Het pand wordt op de executoriale verkoop aangeboden in een nog niet opgeknapte staat, omdat het invoeren van het beheerbeding en vervolgens opknappen van het pand de duur van de verkoopprocedure te zeer verlengt en de kosten te zeer doet oplopen. Het is de hypotheekhouder bij deze verkoop dan ook te doen om het zo veel mogelijk beperken van het verlies. Op de executoriale verkoop van een dergelijk pand komen naar verwachting alleen ervaren, professionele veilingkopers af. In dat geval zou een andere kostenverdeling kunnen worden gehanteerd dan in een geval waarin een pand in redelijk goede staat wordt aangeboden. Een professionele koper mag in staat worden geacht een goede kostenschatting te kunnen maken en zijn bod daarop af te stemmen.

Op microniveau is ook de *hoogte* van de kosten van belang. Bij de uitvoering zal, zoals ook uit het bovenstaande voorbeeld volgt, per executoriale verkoopprocedure een afweging moeten gemaakt in hoeverre het maken van bepaalde kosten bijdraagt aan het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Een algemene regel is hier niet te geven, omdat deze afweging steeds afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Zo kan het invoeren van het huurbeding of de bedingen van beheer en onder zich nemen bijdragen aan een hogere opbrengst, terwijl dit niet in het belang is van de *netto*-opbrengst. Omdat dit een afweging is die per procedure zal moeten worden gemaakt, vindt zij bij uitstek plaats op microniveau.

Ter illustratie (voortbouwend op het vorige voorbeeld): de hypotheekhouder die uit is op verliesbeperking bij de verkoop van de woning waarin een wietplantage heeft gezeten, zal moeten afwegen of de kosten die hij maakt om het beheerbeding in te roepen en het pand op te knappen opwegen tegen de daarmee naar verwachting behaalde hogere opbrengst. Daarbij moet hij ook rekening houden met de lengte en kosten van de (gerechtelijke) procedure om het beheerbeding in te roepen.

Een ander voorbeeld, afkomstig uit de tuchtrechtspraak.²⁷⁷ De hypotheekgever beklaagt zich er bij de tuchtrechter over dat de notaris de veilingadvertentie in twee dagbladen heeft geplaatst, en daarmee meer heeft geadverteerd dan noodzakelijk is. De notaris voert als verweer aan dat hij vanwege het streven naar 'een zo goed mogelijk veilingresultaat'

²⁷⁷ KvT Almelo 17 februari 2004, te kennen uit: Hof Amsterdam (tuchtr.) 19 mei 2005, *LJN* AT6378. De beoordeling in hoger beroep leidde niet tot een ander oordeel.

in meer kranten heeft geadverteerd. De tuchtrechter oordeelt dat de notaris in dit geval niet onjuist heeft gehandeld. De notaris moet zich inspannen om een te lage veilingopbrengst te voorkomen en bovendien zijn de kosten die in verband hiermee zijn gemaakt niet zodanig zijn dat de notaris hiertoe in redelijkheid niet had kunnen komen.

In verband hiermee verdient de wijziging die het wetsvoorstel brengt ten aanzien van het inroepen van het huurbeding heroverweging.²⁷⁸ De wetgever wil hiermee het inroepen van het huurbeding voorafgaand aan de *openbare* verkoop van een *tot bewoning bestemde onroerende zaak* in beginsel verplicht stellen, tenzij er kort gezegd ‘gegronde redenen’ zijn om aan te nemen dat:

- de instandhouding van de huurovereenkomst in het belang is van de opbrengst bij de openbare verkoop;
- ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en dit jegens de huurder kunnen inroepen, te voldoen;
- er geen personen krachtens huurovereenkomst gebruik kunnen maken van het bezwaarde goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop, bedoeld in art. 516 Rv.

Deze verplichte inroeping miskent dat een afweging steeds in een concreet geval dient te worden gemaakt aan de hand van de te verwachten netto-opbrengst.

4.3.3.2 Het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst op macroniveau

Op macroniveau is het besparen van kosten in *ruime zin* van belang. Hierbij draait het om het ontwerpen van een procedure die de hypotheekhouder steeds in staat stelt zijn vordering op een efficiënte en effectieve wijze te verhalen. Op deze wijze worden onnodige procedurekosten voorkomen en wordt tevens het onnodig oplopen van de achterstand door de duur van de procedure tegengegaan, ten behoeve van het eindresultaat: een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

Bij de bespreking van de verschillende wetswijzigingen in het eerste hoofdstuk, kwam reeds naar voren dat enkele ervan zijn ingegeven door de wens van een meer effectieve en efficiënte procedure. Het meest duidelijk blijkt dit in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de mogelijkheid tot het overeenkomen van een beding van eigenmachtige verkoop (art. 1223 lid 2 OBW), waar de wetgever opmerkt:

‘Men heeft gaarne aan het geuit verlangen gevolg gegeven, als zich overtuigd houdende, dat daardoor een werkelijke dienst aan de ingezetenen zal worden gedaan, vermits bepaaldelijk bij de onderzetting van *geringere* perceelen, de geldschietters worden

²⁷⁸ Zie art. 3:264 lid 1 nieuw-Rv en MvT, p. 13-16.

afgeschrikt hun geld te leenen, uit hoofde der kostbare procedure in cas van uitwinning.²⁷⁹

Door de hypotheekhouder op wetgevingsgebied in staat te stellen zijn vordering op efficiënte en effectieve wijze te verhalen, wordt het belang van financiering – zoals uitgewerkt in onderdeel 4.3.2.1 – dan ook gediend.

Het streven naar een effectieve en efficiënte procedure geldt evenzeer voor de gerechtelijke *procedures in de procedure*. Hoewel de hypotheekhouder zonder voorafgaand beslag dan wel gerechtelijke goedkeuring kan overgaan tot verhaal, bevat de procedure van executoriale verkoop wel een aantal aspecten waarbij rechterlijke goedkeuring nodig is. Uit tabel 5.1 blijkt voor welke beslissingen de (voorzieningen)rechter moet worden ingeschakeld. Deze procedures zijn opgenomen in verband met de bescherming van belanghebbenden, maar met het oog op het voorkomen van hoge procedurekosten en het onnodig oplopen van achterstanden is het van belang dat zij zo eenvoudig en snel mogelijk kunnen worden afgewikkeld. In verband daarmee is bijvoorbeeld opgenomen dat tegen een groot aantal van deze rechterlijke beslissingen geen hoger beroep mogelijk is.²⁸⁰ Op deze wijze wordt voorkomen dat de executoriale verkoopprocedure steeds weer kan worden opgeschort doordat rechterlijke procedures worden gestart, terwijl met zekerheid vaststaat dat de executoriale verkoop kan worden doorgezet. Bovendien wordt hiermee op korte termijn zekerheid verkregen over geschillen die in verband met de executoriale verkoop rijzen en mogelijk het recht van de hypotheekhouder tot executoriale verkoop aantasten.

In hoeverre de huidige ‘gerechtelijke procedures in de procedure’ een niet-noodzakelijk of niet proportioneel averechts effect hebben op het uitgangspunt van een efficiënte en effectieve procedure en in het verlengde daarvan de netto-opbrengst, zal in de volgende hoofdstukken nog worden besproken.

4.3.3.3 Het belang van flexibiliteit

In het bovenstaande is op plaatsen reeds aangestipt dat het voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst van belang is dat op macroniveau voldoende vrijheid wordt ingebouwd om de *onder omstandigheden* zo hoog mogelijke opbrengst te behalen. De wetgever lijkt deze vrijheid ook voor te staan met het ontwerp de huidige regeling. In onderdeel 4.2 is al aangestipt dat de notaris en hypotheekhouder bij de uitvoering van de executoriale verkoop-procedure de nodige vrijheid hebben gekregen van de wetgever. In de memorie

²⁷⁹ Voorduin IV 1838, p. 528. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

²⁸⁰ Zie art. 3:234 lid 3 BW, 3:268 lid 3 BW, 546 jo. 518 lid 2, 520 Rv en 545 lid 3 Rv. Vgl. art. 3:264 lid 6 BW (tegen een toewijzend verzoek is geen hoger beroep toegestaan), 3:270 lid 3 BW (geen hoger beroep tegen goedkeuring), 3:273 lid 2 BW (geen hoger beroep tegen verklaring). Zie ook onderdeel 5.2.2.1.

van toelichting bij art. 517 Rv maakt de wetgever echter ook duidelijk dat deze vrijheid niet onbegrensd is:

‘Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden en voorts ook de bevoegdheid van de belanghebbenden om langs de weg van artikel 518 tegen een voorgenomen wijze van verkoop bezwaar te maken.’²⁸¹

Deze begrenzings zijn hierboven reeds uitgewerkt. Voor dit onderdeel wordt aan de hand van een voorbeeld uitgewerkt hoezeer een flexibele regeling van belang is voor het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst. Het hier gebruikte voorbeeld is de in onderdeel 3.3.1.3 besproken ontwikkeling van het gebruik van moderne communicatiemiddelen zoals internet in de huidige executoriale verkoopprocedure. Zoals daar is opgemerkt wordt bijvoorbeeld internet in de huidige praktijk toegepast bij de aankondiging van de executoriale verkoop, de informatievoorziening aan (potentiële) bidders en zijn er initiatieven gestart ten behoeve van het meebieden via internet bij de executoriale verkoop. Het gebruik van dergelijke communicatiemiddelen past bij de in dit hoofdstuk omschreven doelstelling, nu het – zoals ook reeds vermeld in onderdeel 3.3.1.3 – de mogelijkheid biedt om tegen geringe kosten een groot publiek te bereiken.

Hoewel door het gebruik van internet de doelstellingen van de executoriale verkoopprocedure goed verwezenlijkt kunnen worden, is het de vraag in hoeverre het gebruik van internet onder de huidige wettelijke regeling al wel mogelijk is. Zo wordt de wijze waarop de executoriale verkoop moet worden aangekondigd nauwkeurig omschreven in art. 516 lid 1 Rv (‘aanplakking volgens plaatselijk gebruik en [...] aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad’). Deze bepaling doet archaïsch aan in het huidige tijdperk.²⁸²

Doordat de wetgeving op dit punt gedetailleerd voorschrijft hoe de aankondiging moet plaatsvinden, lijken de mogelijkheid om hiervan af te wijken beperkt. Dat hieraan echter in de praktijk behoefte bestaat, blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.²⁸³ De voorzieningenrechter oordeelde hier niet naar de letter, maar naar de strekking van art. 516 Rv en achtte een aankondiging die *alleen* via internet had plaatsgevonden niet onrechtmatig.²⁸⁴ Naar aanleiding van deze uitspraak heeft Van der Waaij eveneens gepleit voor een extensieve uitleg van art. 516 Rv.²⁸⁵

²⁸¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

²⁸² Van der Waaij 2006.

²⁸³ Vزر. Rb. Arnhem 23 juni 2006, *JOR* 2006, 253.

²⁸⁴ Uit de tuchtrechtelijke zaak (Hof Amsterdam (tuchtr.) 13 december 2007, *LJN* BC2012 wordt overigens meer dan in de civiele zaak duidelijk dat de notaris wel een advertentie in een plaatselijk verspreid dagblad had geplaatst, maar daarin niet het voorschrift →

Desondanks is in mijn ogen geen ruimte voor een dergelijke ruime interpretatie, vanwege de gedetailleerde uitwerking in art. 516 Rv.²⁸⁶ Het Hof Amsterdam heeft in de *tuchtrechtelijke* uitspraak in dezelfde casus geoordeeld dat een publicatie op het internet slechts gekwalificeerd kan worden als een *aanvulling* op de verplichte aankondiging van de verkoop in een plaatselijk verspreid dagblad.²⁸⁷

Voor de *wijze* van executoriale verkoop is deze discussie overigens in mindere mate van toepassing, omdat de wet op dit punt alleen voorschrijft dat deze moet plaatsvinden ten overstaan van de notaris, in het openbaar en bij opbod en vervolgens afmijning (art. 3:268 lid 1 BW jo. 546 jo. 519 Rv). Zoals Vonck betoogt, biedt de wet hier dan ook wel voldoende ruimte om de executoriale verkoop via internet te laten plaatsvinden.²⁸⁸

Met het bovenstaande is een illustratie gegeven van een bepaling waarin de wet te strikt voorschrijft hoe de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure geschiedt. Daarmee kan het inpassen van technologische ontwikkelingen die de netto-opbrengst ten goede zouden kunnen komen onmogelijk worden gemaakt. Bovendien doet het te strikt voorschrijven van de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure de mogelijkheid om de onder omstandigheden zo hoog mogelijke opbrengst te behalen geweld aan.

Ik onderschrijf dan ook de stelling van Vonck dat het ongewenst is de mogelijkheid van de toepassing van internet in de wettelijke regeling te expliciteren, zoals in het wetsvoorstel gebeurt.²⁸⁹ De wettelijke regeling dient ook voor de toekomst zo veel mogelijk de mogelijkheid voor het inpassen van – nu nog niet te voorziene – technologische of maatschappelijke ontwikkelingen te bevatten. Dat geldt ook voor de in het wetsvoorstel voorziene aanpassing van art. 516 lid 1 Rv, waarin staat dat de aankondiging voortaan alleen via internet moet geschieden.²⁹⁰ Het verdient juist aanbeveling hier ruimte te laten aan de notaris en de hypotheekhouder om de aankondiging en wijze van verkoop in te

van art. 547 lid 2 Rv (mogelijkheid onderhandse biedingen) had opgenomen. Omdat de rechter hier ook oordeelt over het niet nakomen van voorschrift met betrekking tot het plaatsen van een advertentie (en niet alleen van het voorschrift van art. 547 lid 2 Rv), wordt hier het oordeel omtrent het niet plaatsen van een advertentie besproken.

²⁸⁵ Van der Waaij 2006.

²⁸⁶ Zie ook Vonck 2011, p. 306.

²⁸⁷ Hof Amsterdam (tuchtr.) 13 december 2007, *LJN* BC2012. Evenzo: Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 37. De kamer van toezicht kwam overigens tot een ander oordeel: KvT Arnhem 22 maart 2007, te kennen uit de Hof-uitspraak (de kamer van toezicht verklaarde de klacht ongegrond). Hierover ook Vonck 2011, p. 306.

²⁸⁸ Vonck 2011, p. 306-208. Zie voor deze discussie ook Wiertsema 2009, p. 26-28; Van Daal 2007.

²⁸⁹ Vonck 2011, p. 309-310.

²⁹⁰ Vgl. Vonck 2011, p. 306.

richten naar de specifieke omstandigheden van het geval. Dit geldt te meer nu deze wijziging alleen lijkt te zijn opgenomen om, in de woorden van de memorie van toelichting, ‘de onzekerheid weg te nemen of met het enkel aankondigen op een website is voldaan aan de bekendmakingsplicht van artikel 516’.²⁹¹

Andere voorbeelden waarbij de wettelijke regeling een te strikt regime geeft zullen hierna nog aan de orde komen.

4.3.3.4 Mesoniveau (tussenniveau): algemene veilingvoorwaarden

Tussen het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure en het belang van het waarborgen van de belangen van de betrokkenen zit een zeker spanningsveld. Immers, het hoofddoel vraagt om flexibiliteit in de regelgeving, die de notaris en hypotheekhouder in staat stelt de onder de gegeven omstandigheden zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen, terwijl de waarborging van de belangen in samenhang met de beginselen van rechtszekerheid en rechtsbescherming vraagt om het vastleggen van waarborgen in de wettelijke regeling ten behoeve van de betrokkenen, opdat zij weten wat hun positie is bij executoriale verkoop.

Dit spanningsveld kan voor een deel worden weggenomen door regulering op mesoniveau: een tussenniveau waarop vertegenwoordigers van de betrokkenen bij de executoriale verkoop samenkomen. Het vaststellen van regels op dit niveau heeft als voordeel dat hiermee zowel flexibiliteit als rechtszekerheid en rechtsbescherming bereikt kunnen worden. Flexibiliteit, omdat voor verschillende objecten die executoriaal verkocht worden verschillende regels kunnen worden vastgesteld, iets wat op wetgevingsniveau minder eenvoudig te realiseren is. Bovendien kunnen de vertegenwoordigers van de verschillende betrokkenen in overleg regelgeving vaststellen die sneller en eenvoudiger tot stand komt dan wetgeving en daarom ook eenvoudiger wijziging kan ondergaan. Rechtszekerheid en rechtsbescherming worden gewaarborgd, omdat met het schriftelijk vastleggen van regels voor alle betrokkenen helderheid ontstaat over de procedure. Daarnaast worden de regels door vertegenwoordigers van de betrokkenen vastgesteld, zodat de belangen van de verschillende betrokkenen worden meegenomen in de totstandkoming. Waar op microniveau de notaris en hypotheekhouder het verloop van de executoriale verkoopprocedure bepalen, kunnen op mesoniveau ook *andere* (vertegenwoordigers van) betrokkenen meebeslissen. Op deze wijze kunnen de vertegenwoordigers van de betrokkenen direct voor hun belangen opkomen, terwijl zij hiertoe anders slechts een indirecte mogelijkheid hebben in de vorm van het aanvechten van de veiling-

²⁹¹ MvT, p. 5.

voorwaarden (art. 517 lid 2 en 518 lid 1 Rv) of het starten van een executie-geschil (art. 438 Rv).²⁹²

Het gaat hier om een nadere invulling van de uitvoeringsregels met betrekking tot de *procedure* van executoriale verkoop. Bij de regelgeving op mesoniveau kan gedacht worden aan een nadere invulling van de informatieplicht aan de door de wetgever aangewezen betrokkenen met een bijzondere positie (de belanghebbenden), de wijze waarop de executoriale verkoop plaatsvindt (zie onderdeel 4.4.1) of een nadere invulling van de wijze van aankondiging van de executoriale verkoop.

Als voorbeeld van regelgeving op dit niveau in de huidige veilingpraktijk kunnen de algemene veilingvoorwaarden worden genoemd, de voorwaarden die voor meerdere veilingen, op meerdere plaatsen en voor langere tijd worden vastgesteld. Voor de wijze waarop de algemene veilingvoorwaarden tot stand zijn gekomen, wordt verwezen naar onderdeel 2.4.2.2 voor de eerste algemene veilingvoorwaarden en naar onderdeel 3.3.1.2 voor de huidige algemene veilingvoorwaarden (de AVVE 2006). In onderdeel 3.3.1.2 is al opgemerkt dat de AVVE 2006 in hoge mate *financier-vriendelijk* zijn.

Om aan de bezwaren daartegen tegemoet te komen, verdient het aanbeveling bij het opstellen van nieuwe veilingvoorwaarden voor woningen ook een vertegenwoordiger van de consumenten of eigenwoningbezitters te betrekken. Hoewel de hypotheekhouder en notaris bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure ook mede het belang van de hypotheekgever moeten behartigen, geldt deze zorgplicht voornamelijk *tijdens* de executoriale verkoopprocedure, terwijl de algemene veilingvoorwaarden niet voor een specifieke executoriale verkoop worden opgesteld. Waar de vertegenwoordiger van de hypotheekhouders zich sterk kan maken voor financier-vriendelijke voorwaarden, kan de vertegenwoordiger van de consumenten en/of eigenwoningbezitters zich richten op het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst, terwijl de notaris zich ten slotte kan richten op het belang van een efficiënte en effectieve procedure en ook op het belang van de andere belanghebbenden. Hierbij moet worden aangetekend dat moet worden voorkomen dat van deze in onderling overleg vastgestelde voorwaarden steeds wordt afgeweken bij bijzondere veilingvoorwaarden. Het streven naar consensus is dan ook van belang.

²⁹² Zie ook tabel 4.1.

Intermezzo: algemene veilingvoorwaarden zijn algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.3 BW

Voor dit onderdeel wordt nog opgemerkt dat de algemene veilingvoorwaarden kunnen worden aangemerkt als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 onder a BW. Het gaat immers om ‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen’.²⁹³ Het belang van de kwalificatie als ‘algemene voorwaarden’ is met name gelegen in de toepassing van art. 6:233 BW (vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen en in geval niet een redelijk mogelijkheid is geboden aan de wederpartij om ervan kennis te geven) en de zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en 6:237 BW). Met name indien de wederpartij een natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep op bedrijf is, hetgeen gezien de uitgangspunten van het wetsvoorstel Executieveiling vooral in de nabije toekomst van belang is,²⁹⁴ is het van belang acht te slaan op de inhoud van de algemene veilingvoorwaarden. Hierbij is ook de Europese richtlijn oneerlijke bedingen (richtlijn 93/13/EEG) van belang, omdat als de verkoper professioneel handelt en de koper als consument, de rechter gehouden is het nationale recht zo veel mogelijk richtlijnconform te interpreteren.²⁹⁵ Gezien het onderwerp van dit onderzoek wordt op dit aspect van de algemene veilingvoorwaarden niet verder ingegaan, maar wordt volstaan met deze attendering.

4.4 Aanknopingspunten voor het behalen van ‘een zo hoog mogelijke netto-opbrengst’

Op zichzelf biedt het begrip ‘een zo hoog mogelijke netto-opbrengst’ weinig handvatten voor de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure en de inrichting van de procedure door de wetgever. Het doel van dit onderdeel is dan ook om hiervoor enkele aanknopingspunten te bieden. Hiertoe biedt een in 1963 gewezen arrest van de Hoge Raad een bruikbare maatstaf. Dit arrest ziet op het begrip ‘verkoopwaarde’ in de zin van art. 21 lid 1 onder a oud-Successiewet 1956. Uit het arrest komt de volgende omschrijving van dit begrip naar voren:

‘de prijs die bij aanbidding ten verkoop op de voor het onroerend goed meest geschikte wijze na de beste voorbereiding [...] door de meestbiedende gegadigde besteed zou zijn’.²⁹⁶

²⁹³ In gelijke zin: Bartels & Heyman 2012, p. 85. Zie ook Gräler 2007.

²⁹⁴ Zie onderdeel 3.3.2.2 en 4.3.2.3.

²⁹⁵ Asser/Hijma 2007 (5-I), nr. 261. Men zie over deze richtlijn Pavillon 2011.

²⁹⁶ Hoge Raad 6 maart 1963, *BNB* 1963, 113. Dit begrip is overigens gehanteerd door het Hof Amsterdam in deze procedure. Zie over de uitwerking van dit begrip voor de Successiewet 1956 o.m. Burgerhart 2008, p. 303 en 348.

Analoge toepassing van dit arrest op de executoriale verkoopprocedure leidt tot de volgende uitgangspunten:

1. De executoriale verkoop dient plaats te vinden op de voor het registergoed *meest geschikte wijze*.
2. Aan deze verkoop dient *de beste voorbereiding* vooraf te gaan.
3. *De meestbiedende gegadigde* dient in staat te worden gesteld koper van het registergoed te worden.

Deze uitgangspunten worden hierna nader uitgewerkt.

4.4.1 De meest geschikte wijze van executoriale verkoop

In dit onderdeel wordt de meest geschikte wijze van executoriale verkoop geanalyseerd, aan de hand van de twee huidige wijzen van executoriale verkoop op grond van het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit zijn de verkoop in het openbaar ten overstaan van de notaris, bij opbod en afmijning (art. 3:268 lid 1 BW jo. 546 jo. 519 Rv) en, met bepaling van de voorzieningenrechter aan wie een overeenkomst ter goedkeuring wordt voorgelegd, onderhands (art. 3:268 lid 2 BW jo. 548 Rv).

De redenen voor deze wijzen van verkoop komen deels naar voren uit de parlementaire geschiedenis. Daaruit blijkt dat, zoals in onderdeel 2.4.2.1 is besproken, de wetgever de *openbare* executoriale verkoop ten overstaan van een notaris voorschreef teneinde samenspanning te voorkomen. In 1992 is daaraan toegevoegd dat de openbare verkoop bij opbod en afmijning dient te geschieden. Opvallend is dat een nadere onderbouwing voor de keuze voor het opbod- en afmijningsstelsel ontbreekt. De enige verklaring die uit de memorie van toelichting naar voren komt is de volgende:

‘Het verdient echter aanbeveling in elk geval opbod en afmijning te eisen.’²⁹⁷

Ook ten aanzien van de onderhandse executoriale verkoop is de wetgever weinig scheutig met de redenen voor het voorschrijven van deze wijze van verkoop. Wel bleek uit onderdeel 2.5.1 al dat de wetgever op zoek was naar een alternatief voor de openbare verkoop, omdat deze wijze van verkoop ongeschikt bleek voor de verkoop van grote, verhuurde complexen én omdat deze wijze van verkoop een steeds minder geschikt middel bleek om ‘een behoorlijke prijs’ te verkrijgen. Het is echter op zijn minst verwonderlijk dat geen nadere motivering is gegeven voor het alternatief voor de openbare verkoop. Dit geldt temeer nu deze wijzen van executoriale verkoop dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven (art. 3:268 lid 5 BW). Meijers merkt in verband hiermee op dat

²⁹⁷ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 241 (MvT).

bijvoorbeeld de zuivering (art. 3:273 BW) alleen aan deze verkoopwijzen verbonden is:

‘De onderhavige executieregeling kan niet door een andere worden vervangen. Aldus lid 2 [het huidige lid 5, IV]. Een dergelijke bepaling is nodig, omdat in het ontwerp aan de hier geregelde executie een allesbeheersende rol is toegedacht bij de uitwerking van de zuivering en de doorhaling.’²⁹⁸

Nu er bij de totstandkoming van art. 3:268 BW maar weinig aandacht is voor de vraag of en in hoeverre de voorgeschreven wijzen van verkoop leiden tot opbrengstmaximalisatie, is het interessant deze analyse alsnog te verrichten. Door deze analyse wordt ook duidelijk of het dwingendrechtelijk voorschrijven van de wijzen van executoriale verkoop in het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst is. De juridische literatuur biedt hiervoor echter onvoldoende aanknopingspunten.²⁹⁹ Om deze reden wordt gebruik gemaakt van algemene economische literatuur op dit gebied.³⁰⁰

4.4.1.1 Economische literatuur over de wijzen van verkoop

De in de wettelijke regeling voorgeschreven wijzen van verkoop kunnen in economische zin worden aangeduid als de *Anglo-Dutch auction* (de openbare verkoop bij opbod en afmijning)³⁰¹ en de *first-price sealed-bid auction* (de onderhandse executoriale verkoop, die vergelijkbaar is met de verkoop bij inschrijving).³⁰² Hieronder wordt eerst de openbare veiling bij opbod en afmijning besproken en vervolgens de onderhandse executoriale verkoop.

4.4.1.2 De openbare veiling bij opbod en afmijning

Van Damme gaat in een publicatie uit 1997 in op de destijds rijzende vraag op welke wijze de overheid die tot marktwerking wil overgaan de aanbesteding het beste kan doen plaatsvinden. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de redenen om de verkoop te laten plaatsvinden via een veiling.³⁰³ Van Damme stelt, mede gebruik makend van de inzichten van Bulow & Klemperer, hierbij dat een veiling leidt tot *efficiënte allocatie*: het goed komt terecht bij de gegadigde die er de hoogste waarde aan toekent.³⁰⁴ Bulow & Klemperer hebben eerder al aangetoond dat een veiling het boven onderhandelingen te verkiezen

²⁹⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (T.M.).

²⁹⁹ Een uitzondering is bijvoorbeeld Vriesendorp 1993, p. 951. Zie daarover onderdeel 4.4.1.3.

³⁰⁰ Zie ook onderdeel 1.5 voor de methodologische verantwoording.

³⁰¹ Hierover Klemperer 2004, p. 116-117; Goeree & Offerman 2004.

³⁰² Klemperer 2004, p. 12: ‘each bidder independently submits a single bid, without seeing others’ bids, and the object is sold to the bidder who makes the highest bid (i.e., the price is the highest or “first” price bid).’

³⁰³ Van Damme 1997, p. 16-28.

³⁰⁴ Van Damme 1997, p. 19.

verkoopmechanisme is indien de verkoper verwacht in ieder geval één extra bidder aan te trekken als hij gaat veilen.³⁰⁵ Gezien het hoofddoel van de executoriale verkoop is de keuze voor een veiling vanuit dit perspectief een logische. Met het aantrekken van meerdere bidders kunnen de gegadigden worden verleid tot het hoger bieden om de winnaar te worden en daarmee het goed te verkrijgen.

Na deze constatering is het van belang verder in te zoomen op de verschillende veilingmechanismen die er zijn. In de economische literatuur worden vier basismechanismen onderscheiden: *the Anglo-Dutch auction*; een combinatie van de verkoop bij opbod (*ascending of English auction*) en de verkoop bij afmijning (*descending of Dutch auction*).³⁰⁶ Een uitgangspunt in de economische literatuur met betrekking tot de veiling is het *Revenue Equivalence Theorem*, door Klemperer als volgt samengevat:

‘Assume each of a given number of risk-neutral potential buyers of an object has a privately known signal independently drawn from a common, strictly increasing, atomless distribution. Then any auction mechanism in which (i) the object always goes to the buyer with the highest signal, and (ii) any bidder with the lowest-feasible signal expects zero surplus, yields the same expected revenue (and results in each bidder making the same expected payment as a function of her signal).’³⁰⁷

Hieruit volgt de belangrijke conclusie dat in beginsel alle vier basis-veilingtypen (*ascending auction*, *descending auction*, *first-price sealed-bid auction* en *second-price sealed-bid auction*) leiden tot eenzelfde uitkomst. Ofwel, het veilingmechanisme dat gekozen wordt zou geen verschil maken voor de uiteindelijk te behalen opbrengst. Uit de definitie blijkt echter ook dat sprake is van een aantal aannames. Klemperer geeft aan welke aannames dit zijn: de mate waarin bidders risico-neutraal dan wel risico-avers zijn; de mate waarin bidders symmetrisch zijn (dat is: gelijk, bijvoorbeeld in de mate waarin zijn geïnformeerd zijn); de mate waarin de waarde die een bidder aan het goed toekent onafhankelijk is van de waarde die andere bidders aan het goed toekennen; in hoeverre de waarde die een afzonderlijke bidder toekent aan het goed bekend is aan andere bidders.³⁰⁸

Deze constatering is van belang, omdat hieruit naar voren komt het veilingmechanisme dat gekozen wordt afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Bij de bespreking van diverse gelukke en mislukte praktijkveilingen stelt Klemperer dan ook:

³⁰⁵ Bulow & Klemperer 1996.

³⁰⁶ Zie voor een omschrijving: Klemperer 2004, p. 11-12.

³⁰⁷ Klemperer 2004, p. 17. Standaardwerken op dit gebied zijn: Vickrey 1961; Myerson 1981; Riley & Samuelson 1981.

³⁰⁸ Klemperer 2004, p. 19-24. Vgl. Van Damme 1997, p. 38.

‘Good auction design is *not* “one size fits all” and must be sensitive to the details of the context.’³⁰⁹

Het ontwerpen van een veilingmechanisme is dan ook maatwerk. Afhankelijk van de te verwachten bidders voor een bepaald goed en overige omstandigheden zal het juiste veilingmechanisme moeten worden gekozen. De huidige wetgeving laat daar echter weinig ruimte voor. In art. 519 Rv is de wijze van verkoop immers dwingendrechtelijk voorgeschreven. Gezien het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure ligt het echter meer voor de hand het veilingmechanisme te laten afhangen van de omstandigheden van het geval.

Hiertegen kan worden aangevoerd dat daarmee een veelvoud aan mogelijkheden ontstaat, vergelijkbaar met de praktijk van vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992. Destijds was slechts de verkoop in het openbaar voorgeschreven en was de uitvoering afhankelijk van het plaatselijk gebruik. Een bezwaar daartegen is dat daarmee een grote verscheidenheid aan veilingmechanismen ontstaat, die ertoe kan leiden dat het voor (potentiële) bidders niet helder is hoe zij kunnen bieden op het goed – met alle desastreuze gevolgen voor de opbrengst van dien. Duidelijkheid over de voorgenomen veilingmethode is dan ook van groot belang. Om aan de wens tot flexibiliteit enerzijds en duidelijkheid voor bidders anderzijds tegemoet te komen, biedt het in onderdeel 4.3.3.4 besproken *mesoniveau* uitkomst. In de veilingvoorwaarden kan het veilingmechanisme dat bij de betreffende executoriale verkoop wordt gehanteerd tevoren worden vastgelegd.

Deze veilingvoorwaarden worden vastgesteld door de notaris en de hypotheekhouder. Omdat zij geen specialisten zijn op het gebied van het juiste veilingmechanisme, verdient het aanbeveling eerst specifiek economisch onderzoek te verrichten naar de wijze van veiling die voor de verschillende, bij de executoriale verkoop aangeboden objecten en de daarbij te verwachten bidders leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. De executoriale verkoop van een voor (directe) bewoning door particulieren geschikte woning vraagt – vanwege de bij die verkoop te verwachten bidders – om een andere veilingmethode dan de verkoop van een ernstig verwaarloosde woning die na de veiling moet worden opgeknapt. Aan de hand van economische onderzoek kan de meest geschikte veilingmethode voor de diverse objecten worden vastgesteld. Die methode wordt vervolgens in de veilingvoorwaarden opgenomen. Daarbij kan gedacht worden aan afzonderlijke veilingvoorwaarden voor de verschillende typen objecten die executoriaal verkocht worden en de daarbij te verwachten bidders. Een andere mogelijkheid is een keuzesysteem, waarbij de notaris en de

³⁰⁹ Klemperer 2004, p. 119.

hypotheekhouder in een concreet geval in de *bijzondere* veilingvoorwaarden kunnen kiezen voor een bepaalde veilingmethode die in de *algemene* veilingvoorwaarden zijn opgesomd. In de AVVE 2006 is een dergelijk keuzesysteem opgenomen voor de bepaling in de veilingvoorwaarden omtrent het huurbeding (art. 20 lid 2 AVVE 2006), waarbij in de bijzondere veilingvoorwaarden een keuze moet worden gemaakt uit een van de daar vermelde opties.

Een aspect dat in dit verband nog de aandacht verdient betreft de belangrijkste valkuilen (*pitfalls*) die door Klemperer worden besproken, zoals samenspanning (*collusion*), afschrikken van bidders om deel te nemen (*entry deterrence*), roofzuchtig gedrag door bidders (*predation*) en het (niet) hanteren van een goede minimumprijs (*reserve price*).³¹⁰ Het voert, gezien het doel van dit onderdeel, te ver deze valkuilen hier uitgebreid te bespreken. Wel is van belang dat een aantal van de door Klemperer besproken valkuilen ook uit de in onderdeel 3.2 besproken onderzoeken over de executieveiling naar voren komen. In dit licht is het wel interessant een van de oplossingen die Klemperer aandraagt hier kort te bespreken. Die namelijk vergelijkbaar met de huidige in art. 519 Rv voorgeschreven wijze van openbare executoriale verkoop: *the Anglo-Dutch auction*.³¹¹ Ook in een artikel van Goeree & Offerman wordt gewezen op de voordelen van *the Anglo-Dutch auction* (door hen *Amsterdam auction* genoemd) met de daaraan verbonden (inzet)premie voor de hoogste bidder in de eerste fase (de opbodfase). Klemperer stelt dat *the Anglo-Dutch auction* zijn waarde vooral bewijst indien één bidder geacht kan worden sterker te zijn dan andere bidders. Nu ook de andere (zwakkere) bidders vanwege het twee fasensysteem een kans hebben om uiteindelijk te winnen, zullen zij sneller geneigd zijn deel te nemen. Daarnaast wordt samenspanning ontmoedigd, nu kartelvorming juist mogelijkheden creëert voor andere bidders om in de tweede fase mee te kunnen bieden en zo het goed te kunnen verkrijgen. Ten slotte kan in de eerste fase, de opbodfase, informatie worden verkregen over de waarde die andere bidders aan het goed toekennen. Dit vergroot de kans dat het goed wordt verkocht aan de bidder die er de hoogste waarde aan toekent. Ook Goeree & Offerman gaan uit van het bestaan van asymmetrie tussen bidders, welke asymmetrie ligt in hun positie:

‘[S]peculators out for a bargain compete with buyers that have a genuine interest in the house.’³¹²

³¹⁰ Klemperer 2004, p. 106-109. Zie over het hanteren van een goede minimumprijs ook Meyerson 1981.

³¹¹ Klemperer 2004, p. 116-117.

³¹² Goeree & Offerman 2004, p. 281-282.

Indien op de executoriale verkoop daadwerkelijk zowel ‘onroerendgoed-handelaren’ als particulieren afkomen, levert the *Anglo-Dutch auction* meer op dan de *first-price sealed-bid auction* en de *English auction*, zo blijkt bij Goeree & Offerman.

Hierbij is nog van belang dat zowel Goeree & Offerman als Klemperer hier een veilingstelsel voor ogen hebben dat enigszins anders verloopt dan in de huidige veilingpraktijk. In de door hen omschreven tweede fase – de afmijnfase – kunnen alleen de laatste twee in de opbodfase overgebleven bidders een bod indienen. In de huidige Nederlandse veilingpraktijk echter mogen *alle* aanwezige bidders meebieden in de afmijnfase. Gezien de voordelen die de schrijvers noemen, is een wijziging van de huidige veilingpraktijk in dit opzicht het overwegen waard. Dit zal moeten worden meegenomen in het hiervoor vermelde economische onderzoek naar de geschikte veilingmechanismen voor de executoriale verkoop.

4.4.1.3 De onderhandse executoriale verkoop

De onderhandse executoriale verkoop kan, wat de methode betreft, worden gezien als een verkoop bij inschrijving (*first-price sealed-bid auction*), omdat de bidders direct hun finale bod moeten indienen bij de notaris (art. 547 lid 2 Rv). De notaris stuurt dit bod vervolgens door naar de hypotheekhouder en hypotheekgever, die beiden de keuze hebben met de bidder een koopovereenkomst aan te gaan (art. 547 lid 3 Rv jo. 3:268 lid 2 BW). Deze koopovereenkomst wordt ter goedkeuring voorgelegd aan de voorzieningenrechter (art. 3:268 lid 2 BW jo. 548 Rv).

Ten aanzien van de *first-price sealed-bid auction* stelt Klemperer dat *onzekerheid* over de uitkomst een groot voordeel is.³¹³ Omdat bidders direct hun finale bod op tafel moeten leggen, hebben ook zwakke bidders een kans om te ‘winnen’. Waar zij bij een veiling bij opbod vanwege het openbare biedproces het risico lopen te worden overtroefd door een sterkere bidder, hebben zij bij de verkoop bij inschrijving *wel* een gelijke kans. Bovendien wordt samenspanning teruggedrongen nu het, aldus Klemperer, voor andere bidders niet mogelijk is vast te stellen wie er meedoen met het biedproces.³¹⁴

Vanuit economisch oogpunt gezien komt alleen de prijs op een andere wijze tot stand dan bij de openbare veiling. Het is dan ook interessant te bezien waarom bij onderhandse executoriale verkoop nog goedkeuring van de voorzieningenrechter nodig is, waar dat bij de openbare veiling niet het geval is. Vriesendorp stelt echter:

³¹³ Klemperer 2004, p. 114-116.

³¹⁴ Klemperer 2004, p. 114-115.

‘Aldus is de koopprijs tot stand gekomen in bilateraal overleg tussen executant en de koper. Omdat aan de inhoud van dergelijke onderhandelingen verder geen ruchtbaarheid wordt gegeven, wordt het marktmechanisme in beginsel buiten spel gezet. Mede door het korte tijdsbestek waarbinnen een en ander in de openbaarheid is, zijn de mogelijkheden voor weloverwogen tegenbiedingen uitermate beperkt. Het aldus wegvallen van het marktmechanisme als bescherming tegen mogelijke prijsmanipulatie moet derhalve gecompenseerd worden door de presidentiële toetsing.’³¹⁵

De toestemming van de voorzieningenrechter biedt in dit opzicht een vervanging van het *openbare* biedproces op de veiling. Voor het openbare biedproces wordt een ieder op hetzelfde tijdstip en dezelfde plaats uitgenodigd en daarbij hebben alle bidders de mogelijkheid om tegen elkaar op te bieden, totdat een winnaar uit de bus is gekomen, omdat ofwel in de opbodfase niemand hoger heeft geboden en er niet is afgemijnd, ofwel een bidder heeft afgemijnd in de afmijnfase. Bij onderhandse executoriale verkoop vindt het biedproces niet in het openbaar plaats, maar brengt de geïnteresseerde een voor anderen niet kenbaar bod uit bij de notaris. Hoewel ook bij onderhandse executoriale verkoop een ieder de mogelijkheid moet krijgen een bod uit te brengen, blijft het biedproces en de wijze waarop de koop tot stand komt besloten. De tussenkomst van de voorzieningenrechter ziet zo bezien op de controle dat met de hoogste bidder is gecontracteerd.

Een voorbeeld van deze controle biedt een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage.³¹⁶ Tijdens de onderhandse biedfase worden in ieder geval twee biedingen uitgebracht; een door een vennootschap van €112.600,- en een door een particulier van €116.000,-. Vanwege het risico dat de particulier de koopovereenkomst zou ontbinden door een beroep te doen op de bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW, wordt met de vennootschap een koopovereenkomst aangegaan. Deze koopovereenkomst wordt voorgelegd aan de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter wijst het verzoek tot goedkeuring af. In beginsel wordt slechts de koopovereenkomst met de hoogste bidder goedgekeurd, aldus de voorzieningenrechter.

Bij de onderhandse executoriale verkoop heeft de notaris minder zicht op het biedproces dan bij openbare executoriale verkoop. Weliswaar komen de biedingen binnen bij de notaris (art. 547 lid 2 Rv), maar in het verdere verloop van het biedproces heeft hij geen wettelijke taak. De wetgever heeft de controlerende taak aan de voorzieningenrechter gegeven, zo blijkt uit art. 548 Rv. De voorzieningenrechter kan besluiten geen goedkeuring te verlenen aan de koopovereenkomst en dientengevolge een datum voor de openbare veiling vast te stellen (art. 548 lid 4 Rv). In de parlementaire geschiedenis wordt de taak van de voorzieningenrechter verder uitgebreid, nu in de memorie van antwoord

³¹⁵ Vriesendorp 1993, p. 951.

³¹⁶ Vزر. Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2010, zaaknr. 363258 (niet gepubl.), *Notamail* 2010/147.

wordt gesteld dat de voorzieningenrechter bij de goedkeuring van de onderhandse koopovereenkomst een discretionaire bevoegdheid heeft.³¹⁷ Hierdoor kan hij naar gelang de omstandigheden van het geval een op maat gesneden beslissing nemen.³¹⁸ Hierbij is mijns inziens het uitgangspunt van Vriesendorp juist en leidend:

‘Uitgaande van de gedachte dat uiteindelijk een zo hoog mogelijke opbrengst moet worden gerealiseerd, lijkt het mij dat het materiële onderzoek door de president zich moet richten op het realiteitsgehalte van de overeengekomen koopprijs zoals die hem wordt voorgelegd.’³¹⁹

Indien bij de openbare executoriale verkoop een hogere opbrengst verwacht mag worden, bijvoorbeeld vanwege de op de zitting of andere voorafgaande aan de beschikking gebleken belangstelling van een groot aantal bidders, dient de voorzieningenrechter het verzoek af te wijzen en partijen te verwijzen naar de openbare veiling.

Desondanks kan de vraag worden gesteld of tussenkomst van de voorzieningenrechter bij de onderhandse executoriale verkoop daadwerkelijk nodig is. In onderdeel 5.2.2.1 zal worden uitgewerkt dat het ondanks het bovenstaande vreemd is dat de voorzieningenrechter een dergelijke actieve rol heeft, vanwege de overeenkomsten tussen de openbare en onderhandse executoriale verkoop.

4.4.1.4 De onderhandse executoriale verkoop: doorgeven biedingen en ‘mini veiling’³²⁰

Een belangrijk punt dat uit de economische literatuur over de *first-price sealed-bid auction* naar voren komt is *onzekerheid* over de uitkomst, waardoor bidders

³¹⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 825 (MvA). Uit de rechtspraak wordt duidelijk dat de voorzieningenrechter van deze discretionaire bevoegdheid ook daadwerkelijk gebruik maakt. Zie o.m.: Vزر. Rb. Roermond 21 oktober 2009, *LJN* BK2805 (goedkeuring verkoop aan bidder die buiten onderhandse executoriale procedure koopovereenkomst sloot met de hypotheekgever); Vزر. Rb. Arnhem 14 april 2006, *NJF* 2006, 348 (verzoek tot verkoop aan ‘nader te noemen meester’ afgewezen, gunstiger aanbod afgewezen want niet voorgelegd door belanghebbende ex art. 3:268 lid 2, tweede zin BW); Pres. Rb. Arnhem 29 februari 2000, *NJkort* 2000, 31 (verzoek dat te laat is ingediend wordt toch toegewezen. Anders: Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 20 februari 1996, *NJ* 1996, 388, waarover meer in onderdeel 5.4.2.4, onder 2); Pres. Rb. Arnhem 9, 19 en 20 november 1992, *NJkort* 1993, 4a, 4b en 4c, waarover Kuhlmann 1993; Soons 1993 (mini-veiling in en buiten de rechtszaal, president wijst hoogste bod na onderhandeling tussen bidders toe); Pres. Rb. Roermond 16 september 1992, *NJkort* 1992, 76 (verwijst naar veiling wegens hogere prijs); Pres. Rb. Amsterdam 3 augustus 1992, *WPNR* (6063) 1992, p. 691 (geen belang bij hogere biedingen, gunstigere aanbiedingen worden genegeerd).

³¹⁸ Zie Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 118-119. Zie ook hierna, onder 4.4.1.4.

³¹⁹ Vriesendorp 1993, p. 951.

³²⁰ Term afkomstig van Soons 1993.

eigenlijk gehouden zijn direct hun finale bod op tafel te leggen.³²¹ Dit is van belang om voor ogen te houden bij de analyse van twee vragen die bij de onderhandse executoriale verkoop rijzen: (1) mogen bidders kennis nemen van de andere, tijdens de onderhandse biedfase uitgebrachte biedingen en (2) in hoeverre mag voorafgaande aan de openbare executoriale verkoop een soort ‘mini veiling’ plaatsvinden?

Ten aanzien van de eerste vraag stellen Van Ingen & Jongbloed dat het de notaris niet vrij staat biedingen door te geven aan andere bidders:

‘Andersluidende visies vallen op kortzichtigheid; zo de notaris de biedingen toch aan iedere bidder doorgeeft bestaat voor een bidder niet langer de noodzaak een reëel bod te doen, maar kan eerst de belangstelling voor het pand worden afgewacht.’³²²

Ook Albers-Dingemans is van mening dat de notaris de binnengekomen biedingen niet mag meedelen aan andere gegadigden.³²³ Deze schrijvers benadrukken hiermee het belang van *onzekerheid* dat ook uit de economische literatuur naar voren komt.

Over het standpunt van Van Ingen & Jongbloed merk ik op dat deze stelling in de praktijk in beginsel niet zal opgaan. Een bidder met een niet-reëel bod zal in de praktijk namelijk weinig kans maken daadwerkelijk koper te worden. Als dit bod al niet wordt afgewezen door de hypotheekhouder en -gever, zal de voorzieningenrechter de vereiste goedkeuring in beginsel niet geven. Op grond van het Procesreglement verzoekschriftprocedures zal de voorzieningenrechter vóór zijn beoordeling een recent taxatierapport willen inzien,³²⁴ zodat hij kan beoordelen in hoeverre het uitgebrachte bod overeenstemt met de (executie)waarde van het object.³²⁵ De kans van de bidder om met een niet-reëel bod het object te ‘winnen’ is derhalve niet hoog.

Voorts zou ik de standpunten van Van Ingen & Jongbloed en Albers-Dingemans in zoverre willen aanvullen dat de notaris de *hoogte* van de biedingen niet zou moeten doorgeven, maar dat het wel mogelijk is bidders onder omstandigheden te informeren over hun plaats op de ranglijst. Oftewel, als de

³²¹ Zie onderdeel 4.4.1.3.

³²² Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 52.

³²³ Albers-Dingemans 1998, p. 27.

³²⁴ Op grond van het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter (via www.rechtspraak.nl), p. 23 moet bij het verzoek ook een recent taxatierapport worden meegestuurd. Zie ook Notitie toestemming onderhandse verkoop, p. 2-4 (via www.rechtspraak.nl).

³²⁵ Zie ook Notitie toestemming onderhandse verkoop (via www.rechtspraak.nl), p. 2-4: ‘Zonder bijkomende omstandigheden bestaat er in beginsel geen aanleiding om een bod onder de taxatiewaarde te accepteren.’

notaris door een bieder wordt gevraagd of er nog andere (hogere) biedingen zijn uitgebracht, zou de notaris dit wel kunnen beantwoorden. Dit zou bidders met een lager bod juist kunnen stimuleren een hoger bod uit te brengen. Hierdoor wordt de essentiële voorwaarde van onzekerheid, nodig voor het bereiken van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, niet onnodig ondermijnd, terwijl bidders wel kunnen worden aangespoord een hoger bod uit te brengen.

Intermezzo

Een vraag die in verband met het bovenstaande nog opkomt is of het doorgeven van de 'plaats op de ranglijst' aan bidders in strijd is met de geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna. Op deze vraag wordt hier kort ingegaan.

De notaris is op grond van deze bepaling in beginsel gehouden tot geheimhouding ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald. Nu het doorgeven van biedingen aan andere bidders als zodanig niet bij of krachtens de wet is bepaald, lijkt het doorgeven van biedingen in strijd te komen met de geheimhoudingsplicht van de notaris. Bezien we echter de ratio van art. 22 Wna dan lijkt het toch weer anders te liggen. Waaijer geeft aan dat het ambtsgeheim voor de notariële ambtsuitoefening onontbeerlijk is als voorwaarde voor de vertrouwensrelatie tussen notaris en cliënt.³²⁶ Naar mijn mening komt het doorgeven van de 'plaats op de ranglijst' aan bidders niet in strijd met deze ratio. In de eerste plaats al omdat de notaris niet de hoogte van de biedingen doorgeeft aan de bidders en evenmin wie de bidders zijn, maar voornamelijk omdat de rol van de notaris hier meer die van procescoördinator is in plaats van vertrouwenspersoon. De notaris coördineert de biedingen en dient gedurende de executoriale verkoop te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst (zie onderdeel 5.2). Wanneer het in het belang is van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, lijkt het doorgeven van de 'plaats op de ranglijst' aan bidders mij dan ook de aangewezen biedingen.

De tweede vraag komt naar voren als tijdens de fase van het doen van onderhandse biedingen (vanaf de aankondiging van de veiling tot twee weken voor de verkoop, zie art. 547 lid 2 Rv) biedingen zijn binnengekomen en voor een of meerdere van deze biedingen een verzoekschrift is ingediend bij de voorzieningenrechter. Het is dan de vraag of, als er ná de in art. 547 lid 2 Rv vermelde termijn, *hogere* biedingen zijn binnengekomen, deze hogere biedingen kunnen worden meegenomen bij de beoordeling van het verzoek. In het verlengde hiervan ligt de vraag, of bidders tijdens de zitting waarop het verzoekschrift tot goedkeuring van de koopovereenkomst wordt behandeld in de gelegenheid kunnen of moeten worden gesteld om een hoger bod te kunnen doen. De beantwoording van deze vragen is afhankelijk van het gezichtspunt dat men inneemt. Vanuit het economische standpunt dat hierboven is uitgewerkt, ondermijnt het honoreren van later binnengekomen biedingen de onzekerheid die nodig is in de onderhandse fase om tot een zo hoog mogelijke opbrengst te

³²⁶ Melis/Waaijer 2012, p. 214.

komen. Indien het mogelijk is om, als de andere binnengekomen biedingen bekend zijn, nog een hoger bod neer te leggen zal eenieder niet geneigd zijn direct zijn finale bod te doen bij de notaris. Bezien vanuit het hoofddoel van de executoriale verkoop echter lijkt het meenemen van later binnengekomen biedingen *wel* mogelijk, omdat het bijdraagt aan een hogere netto-opbrengst. Van Ingen & Jongbloed zijn om die reden van mening dat biedingen die evident of redelijkerwijs binnen de termijn zijn gedaan moeten worden meegenomen en dat biedingen buiten de termijn kunnen worden meegenomen.³²⁷

Een analyse van de wettelijke regeling brengt de oplossing. De wet gaat namelijk uit van de mogelijkheid van het doen van biedingen ter zitting, zij het dat hieraan bepaalde voorwaarden zijn verbonden. Op grond van art. 3:268 lid 2, tweede zin BW kunnen de belanghebbenden die bij een hogere opbrengst van het goed belang hebben een hoger bod voorleggen aan de voorzieningenrechter.³²⁸ Deze belanghebbenden worden door de griffier van de rechtbank op de hoogte gesteld van het verzoek tot goedkeuring van de koopovereenkomst en kunnen op hun verzoek worden gehoord (art. 548 lid 3 Rv). Zij zijn derhalve in beginsel aanwezig bij de zitting. Uit de uitspraak Xavier Real Estate/Rabobank volgt dat de voorzieningenrechter ook de mogelijkheid heeft de andere bidders van wie het bod tijdig of te laat is binnengekomen uit te nodigen voor de zitting, om zo een zo hoog mogelijke opbrengst bij de onderhandse executoriale verkoop te bereiken.³²⁹ Deze bidders kunnen dan ook een hoger bod uitbrengen op de zitting.³³⁰

Een hoger bod kan op grond van de wettelijke regeling alleen dan gehonoreerd worden, indien dit wordt ondersteund door een belanghebbende *en* deze belanghebbende daadwerkelijk profijt heeft van het hogere bod.³³¹ Nu het behalen van een hogere opbrengst vrijwel steeds in het belang is van de hypotheekgever (zie onderdeel 4.3.1), meen ik dat – bij afwezigheid van de hypotheekgever – een hoger bod ook *namens* de hypotheekgever door een belanghebbende kan worden ondersteund. Dat is immers in lijn met het hoofddoel van de executoriale verkoop.³³² De voorzieningenrechter heeft de mogelijkheid het hogere bod toe te kennen, waarna met de bidder een koopovereenkomst tot stand kan komen. De voorzieningenrechter kan echter

³²⁷ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 47.

³²⁸ Zie voor een overzicht van deze belanghebbenden de tabel in de Bijlage.

³²⁹ Hof Amsterdam 30 januari 2003, *NJ* 2004, 430 (Xavier Real Estate/Rabobank). Zie ook art. 279 lid 1 Rv. Anders Pres. Rb. Arnhem 9, 19 en 20 november 1992, *NJKort* 1993, 4a, 4b en 4c, waarover Kuhlmann 1993; Soons 1993.

³³⁰ Zo bijvoorbeeld Vزر. Rb. 's-Gravenhage 30 december 2011 (niet gepubl.), zaaknr. 404449.

³³¹ Zie ook Notitie toestemming onderhandse verkoop, p. 4-5. Voor rechtspraak zie Vزر. Rb. Arnhem 14 april 2006, *NJF* 2006, 348.

³³² Zie ook Hof Amsterdam 30 januari 2003, *NJ* 2004, 430 (Xavier Real Estate/Rabobank).

ook besluiten de bidders te verwijzen naar de openbare veiling, welke mogelijkheid is aangewezen als geen zekerheid bestaat dat het later voorgelegde bod het finale en hoogste bod is.³³³ De eerder genoemde discretionaire bevoegdheid van de voorzieningenrechter stelt hem in staat om naar de omstandigheden van het geval een beslissing te nemen die in het belang is van de opbrengst.

Voor de juiste beoordeling van de biedingen is het overigens nodig in de beoordeling niet alleen het bod, maar ook de voorwaarden die aan het bod verbonden zijn mee te nemen. Het gaat bij de beoordeling door de voorzieningenrechter om het hoogste *netto*-bod. Zie voor een voorbeeld de in onderdeel 4.4.2.2 te bespreken uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle uit 2008.³³⁴ In die uitspraak was sprake van een aantal biedingen, waarbij één bidder de executiekosten wél, en de andere bidder de executiekosten níet voor zijn rekening nam. Voor de netto-opbrengst maakt dit verschil en daarom is het van belang hiermee bij de beoordeling van een bod rekening te houden.

Dit alles laat nog onbesproken de vraag, of het ook mogelijk is een verzoekschrift gebaseerd op een buiten de termijn van art. 547 lid 2 Rv binnengekomen bod in te dienen bij de voorzieningenrechter als er *geen* biedingen zijn binnengekomen binnen de termijn. Het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure leidt hier mijns inziens tot de conclusie dat, indien dit bijdraagt aan een hogere netto-opbrengst, het mogelijk is een verzoekschrift in te dienen op basis van een te laat binnengekomen bod. Voorwaarde daarvoor is wel dat dit verzoekschrift wordt ingediend binnen de in art. 548 lid 1 Rv vermelde termijn van één week voor de verkoop; een later binnengekomen verzoekschrift zal leiden tot niet-ontvankelijkheid.

De executoriale verkoopprocedure wordt dan niet te zeer opgerekt, terwijl ook recht wordt gedaan aan het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Het honoreren van een te laat binnengekomen bod is dan ook vooral aangewezen indien een dermate hoog bod wordt ingediend dat naar alle waarschijnlijkheid niet zal worden overtroffen bij de openbare veiling. Hier ligt dan ook een zekere beoordelingsruimte voor de hypotheekhouder (en -gever) en de notaris. Als naar verwachting een soortgelijke opbrengst wordt gehaald bij de openbare veiling, kunnen zij besluiten de openbare veiling doorgang te laten vinden.

³³³ Zo bijvoorbeeld: Pres. Rb. Roermond 16 september 1992, *NJkort* 1992, 76, waarover Kuhlmann 1993. Anders: Pres. Rb. Arnhem 9, 19 en 20 november 1992, *NJkort* 1993, 4a, 4b en 4c, waarover Kuhlmann 1993; Soons 1993 (onderhandelingen tussen de bidders in plaats van verwijzing naar de veiling).

³³⁴ V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2008, *LJN* BC8896.

De conclusie op grond van het bovenstaande is dat in de aankondiging van de executoriale verkoop weliswaar een eindtermijn van twee weken vóór de verkoop moet worden opgenomen (art. 547 lid 2 Rv), maar dat later binnengekomen biedingen in het licht van het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst niet zonder meer terzijde mogen worden gelegd. Sterker nog, als het bod bijdraagt aan het hogere netto-opbrengst *en* binnen de termijn van art. 548 lid 1 Rv een verzoekschrift op basis van dit bod kan worden ingediend bij de voorzieningenrechter, is de hypotheekhouder op grond van zijn zorgplicht in beginsel *gehouden* een verzoekschrift op basis van dit bod in te dienen.

4.4.1.5 Het woord *verkoop* in art. 514-549 Rv

Voor dit onderdeel en de volgende onderdelen wordt hier nog kort gewezen op het gebruik van het woord *verkoop* in art. 514-549 Rv. Het is van belang te bezien of hiermee slechts de openbare executoriale verkoop bedoeld wordt, of ook de onderhandse executoriale verkoop. Een voorbeeld vormt art. 516 Rv, dat bepaalt dat geen *verkoop* zal kunnen plaatsvinden dan na verloop van dertig dagen na (kort gezegd) de aankondiging ervan. Betekent dit nu dat tot de dag van de openbare executoriale verkoop dertig dagen moeten verlopen, of tot de dag van de onderhandse executoriale verkoop?

Uit de wettelijke regeling lijkt te volgen dat met *verkoop* de openbare executoriale verkoop wordt bedoeld. Zie bijvoorbeeld art. 548 lid 1 Rv, waar met verkoop onmogelijk de onderhandse executoriale verkoop kan zijn bedoeld. Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling wordt ook duidelijk dat het gaat om de *openbare* verkoop:

‘Het eerste lid beoogt te voorkomen dat een eenmaal vastgestelde openbare verkoop op het allerlaatste moment nog met een verzoek tot onderhandse verkoop kan worden doorkruist.’³³⁵

In het hierna volgende wordt dan ook uitgegaan van de openbare executoriale verkoop, waar in art. 514 e.v. Rv het woord *verkoop* staat. Waar ook de onderhandse executoriale verkoop kan zijn bedoeld, wordt dat bij de betreffende bepaling expliciet opgemerkt.

4.4.2 De beste voorbereiding van de executoriale verkoop

In dit onderdeel wordt de tweede aanwijzing voor de executoriale verkoopprocedure uitgewerkt: de beste voorbereiding van de verkoop. Voor de invulling van deze aanwijzing is het bijzondere karakter van de executoriale verkoop van belang. Alvorens op dit bijzondere karakter wordt ingegaan, wordt

³³⁵ Parl. Gesch. Wijz. Rv (Inv. 3, 5, 6), p. 252 (MvT).

hier eerst stilgestaan bij het *belang* van de beste voorbereiding voor een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

4.4.2.1 Inzichten uit de economische literatuur

Voor het belang van de beste voorbereiding dient te worden gewezen op inzichten uit de economische literatuur. Bij de bespreking van het onderzoek van Brounen in onderdeel 3.2.2 werd al kort stilgestaan bij het belang van goede informatievoorziening bij de executoriale verkoop met het oog op de te behalen opbrengst. Daarbij werd ook de publicatie van Akerlof uit 1970 genoemd. In deze publicatie, *The Market for 'Lemons'*, werkt Akerlof uit wat de gevolgen zijn van onzekerheid (onduidelijkheid) over de kwaliteit van ter verkoop aangeboden goederen *en* de wetenschap bij de kopers dat er kwaliteitsverschil bestaat. Akerlof gebruikt hierbij de automobiemarkt als voorbeeld om aan te tonen dat de kwaliteit en prijs van de aangeboden goederen als geheel daalt als er onvoldoende informatie bestaat over de kwaliteit:

‘[B]ad cars drive out the good because they sell at the same price as good cars; similarly, bad money drives out good because the exchange rate is even. But the bad cars sell at the same price as good cars since it is impossible for a buyer to tell the difference between a good car and a bad car; only the seller knows.’³³⁶

Akerlof stelt dat wanneer geïnteresseerden de kwaliteit van het aangeboden goed niet (goed) kunnen beoordelen, zij hun bod op deze onzekerheid (onduidelijkheid) zullen afstemmen, met een negatief effect op de prijsvorming bij de executoriale verkoop als geheel. De kopers bouwen derhalve een reserve in. Uit het onderzoek van Brounen uit 2008 komt naar voren dat het effect dat Akerlof omschrijft zich bij de executoriale verkoop ook daadwerkelijk voordoet.³³⁷

Dit onderstreept het belang van een goede informatievoorziening in de voorbereiding van de executoriale verkoop voor de uiteindelijk te behalen opbrengst. In het volgende hoofdstuk wordt uitgewerkt *wie* verantwoordelijk zijn voor de informatievoorziening en *welke* informatie bij de executoriale verkoop met de geïnteresseerden moet worden gedeeld.

4.4.2.2 Het belang van *tijdige* informatievoorziening

Hier moet ook worden gewezen op het belang van *tijdige* voorbereiding en informatievoorziening. Dit houdt in dat de potentiële bidders vóór het uitbrengen van een bod op de hoogte worden gebracht van de informatie die nodig is voor het uitbrengen van een reëel bod op het aangeboden goed, zowel bij de openbare

³³⁶ Akerlof 1970, p. 490.

³³⁷ Brounen 2008, p. 23-32. Zie onderdeel 3.2.2.

als bij de onderhandse executoriale verkoop. Hierbij moet niet slechts worden gedacht aan papieren informatie (in de veilingvoorwaarden), zoals een omschrijving van het object, de kadastrale aanduiding ervan en informatie met betrekking tot kosten, bestemming et cetera, maar ook bijvoorbeeld informatie in de vorm van bezichtiging van het goed. Het gaat immers om die informatie die gegadigde in staat stelt een reëel bod uit te brengen. Deze informatie dient uiterlijk beschikbaar te zijn voor de afloop van de termijn voor het uitbrengen van de onderhandse verkoop. Op grond van art. 547 lid 2 Rv is dit uiterlijk twee weken voor de voor de veiling bepaalde dag.

Op dit punt lijkt de wettelijke regeling een inconsistentie te bevatten, zoals ook Van Heuvel opmerkt.³³⁸ De voorwaarden waaronder het goed wordt verkocht zijn immers zowel bij openbare als bij onderhandse executoriale verkoop van belang. Dit volgt ook uit de economische literatuur. Klemperer maakt bijvoorbeeld bij zijn bespreking van de *first-price sealed-bid auction* duidelijk dat een belangrijke voorwaarde voor een succesvolle verkoop is dat bidders voldoende informatie hebben.³³⁹

In de veilingvoorwaarden is belangrijke informatie opgenomen voor de geïnteresseerden, zoals de kosten die voor rekening van de koper komen en de lasten en beperkingen met betrekking tot het goed waarmee de koper na de verkoop rekening zal moeten houden. Voor het bepalen van het uit te brengen bod is het dan ook essentieel van deze voorwaarden op de hoogte te zijn. De termijn waarbinnen deze veilingvoorwaarden moeten worden vastgesteld stemt echter niet overeen met de termijn voor het doen van onderhandse biedingen. Art. 517 lid 1 Rv geeft als uiterste tijdstip voor het vaststellen van de veilingvoorwaarden namelijk acht dagen vóór de veiling, terwijl op grond van art. 547 lid 2 Rv onderhandse biedingen in beginsel kunnen worden uitgebracht tot twee weken vóór de veilingdag.³⁴⁰ Dat betekent dat de veilingvoorwaarden op grond van de wettelijke regeling nog niet bekend hoeven te zijn op het tijdstip waarop een bod wordt uitgebracht.

Uit de parlementaire geschiedenis en literatuur wordt duidelijk dat deze inconsistentie bewust tot stand kwam. De reden voor de korte termijn blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 517 Rv:

³³⁸ Van Heuvel 2007, p. 753, waarover meer in onderdeel 6.3.3.1. Evenzo Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 73.

³³⁹ Klemperer 2004, p. 115. Dit blijkt ook uit Persico 2000, die duidelijk maakt dat bij een *first price auction* informatievoorziening van meer belang is dan bij een *second price auction* (zie voor deze terminologie: Klemperer 2004, p. 11-14).

³⁴⁰ Dat ook bij onderhandse executoriale verkoop de gehele in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven procedure moet worden doorlopen, wordt hierna nog uitgewerkt.

‘In het huidige recht dienen de veilconditiën lange tijd voor de verkoop ter griffie van de rechtbank te worden gedeponneerd, terwijl men slechts binnen een vrij korte termijn (acht dagen) daarentegen kan opkomen. [...] Dit stelsel dat beoogt de spoed te bevorderen, werkt in de praktijk echter minder gelukkig omdat het moeilijk te vermijden blijkt te zijn om tot kort voor de verkoop in de bijzondere bepalingen van de veilingvoorwaarden nog wijzigingen aan te brengen, bijv. in verband met nieuwe gegevens die ten aanzien van het te verkopen goed aan het licht zijn gekomen. In verband daarmee verdient het de voorkeur om op dit punt aan de praktijk de nodige vrijheid te laten, zoals deze thans ook bestaat ten aanzien van een verkoop op grond van het beding van artikel 1223 lid 2 B.W.’³⁴¹

Van Ingen & Jongbloed maken nog duidelijk dat deze wettelijke discrepantie voortkomt uit de wens van de wetgever om ruimte te laten voor het overeenkomen van afwijkende condities, zodat de hypotheekhouder een geïndividualiseerde overeenkomst kan opmaken met iedere bidder.³⁴² Terecht merken zij op dat de hypotheekhouder hiertoe in de praktijk slechts in uitzonderingsgevallen bereid is én dat bovendien de vraag is hoe een voorzieningenrechter de verschillende koopovereenkomsten met elkaar zou moeten vergelijken, om een oordeel te vormen over het gunstigste bod.³⁴³

Een voorbeeld biedt de casus in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad uit 2008.³⁴⁴ In de onderhandse biedfase zijn drie biedingen binnengekomen: een bod van A van €135.000,-; een bod van B van €125.100,-; en een bod van D van €126.000,-. De hypotheekhouder sluit een overeenkomst met A, die wordt voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Op de zitting overlegt de geëxecuteerde nog een bod van C, waarmee hij een koopovereenkomst heeft gesloten, voor €136.500,-. Ter zitting blijkt echter dat A bereid is om de executiekosten voor zijn rekening te nemen (€7.525,38), terwijl bij een verkoop aan C deze kosten voor rekening van de geëxecuteerde komen. Voor de *netto*-opbrengst zal contracteren met A dan ook gunstiger zijn.

Overigens wordt het verzoek tot onderhandse executoriale verkoop in deze zaak afgewezen, omdat de voorzieningenrechter ervan uitgaat dat bij de openbare veiling een hogere opbrengst wordt behaald.

Hierbij moet worden opgemerkt dat onder de huidige regeling ook de hypotheekgever een verzoek tot goedkeuring van de koopovereenkomst kan indienen (art. 3:268 lid 2 BW).³⁴⁵ De ruimte die de wetgever wil laten voor koopovereenkomsten die afwijken van de veilingvoorwaarden is derhalve te begrijpen.

³⁴¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 239-240 (MvT).

³⁴² Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 73.

³⁴³ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 73.

³⁴⁴ Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2008, *LJN* BC8896.

³⁴⁵ Zie onderdeel 6.3.3.1.

De bieder bij onderhandse executoriale verkoop dient zijn bod desondanks te baseren op onvolledige informatie, als de wettelijke regeling strikt wordt gevolgd. Dit is ongewenst, gezien het hiervoor besproken belang van informatie bij het uitbrengen van een bod. Dit geldt temeer nu de bieder op grond van de voorwaarden is gehouden aan zijn bod (art. 4 AVVE 2006).

Daarom verdient het aanbeveling de veilingvoorwaarden en overige informatie die voor het uitbrengen van een reëel bod relevant is, zo ruim mogelijk voor de afloop van de termijn voor het uitbrengen van een onderhands bod. In hoeverre het aanbeveling verdient de wettelijke regeling op dit punt te wijzigen komt in onderdeel 6.3.3.1 aan de orde.

4.4.2.3 Bijzonderheden bij de *executoriale* verkoop

Ten aanzien van de voorbereiding is nog het volgende van belang. Ten eerste betreft het hier een gedwongen verkoop door een ander dan de eigenaar van het registergoed. Waar de eigenaar/verkoper bij een reguliere verkoop veelal de nodige tijd zal nemen om zijn woning op een zo ideaal mogelijke manier te verkopen en daarmee een zo hoog mogelijke prijs te halen, dient de executoriale verkoop in een korte tijdspanne te geschieden.³⁴⁶ De executoriale verkoop wordt opgestart na (een periode van) verzuim van de schuldenaar in zijn hypothecaire verplichtingen. Voorkomen moet worden dat door vertragingen in de procedure de kosten te zeer oplopen, zoals al uitgewerkt in onderdeel 4.3.3.2. Er is dan ook veelal geen tijd uitgebreid op zoek te gaan naar een koper voor het goed en met hem uitgebreid te onderhandelen, als dit niet wordt gerechtvaardigd door een hogere netto-opbrengst. Hierdoor ligt bij executoriale verkoop de nadruk eerder op het aanbieden van het goed aan de na verloop van een kort tijdsbestek *best beschikbare gegadigde*, in plaats van op het na een uitvoerige verkoopprocedure vinden van de *beste* koper.

Ten tweede is het bij de executoriale verkoop niet de hypotheekgever die verkoopt. Deze constatering heeft ook gevolgen voor de voorbereiding van de executoriale verkoop. Waar bij een reguliere verkoop de eigenaar van het goed de verkoopprocedure opstart en afhandelt, geschiedt dit bij de executoriale verkoop op grond van de wet door de notaris en de hypotheekhouder. Uit het vorenstaande bleek dat de voorbereiding van de executoriale verkoop en met name de informatievoorziening van groot belang was voor de opbrengst. Nu de opbrengst die wordt behaald van belang is voor de hypotheekgever, doet dit de vraag opkomen in hoeverre van de *hypotheekgever* medewerking aan de executoriale verkoopprocedure en, in het bijzonder aan de informatievoorziening aan potentiële bidders, kan worden verlangd. Temeer nu het de woning van de hypotheekgever is die wordt verkocht, zodat hij over meer

³⁴⁶ Vgl. Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 11, over het verschil tussen vrijwillige en gedwongen verkoop.

informatie omtrent deze woning zal beschikken dan de hypotheekhouder en notaris.

Aan de plicht van de hypotheekgever tot informatievoorziening voorafgaande aan de executoriale verkoop is in de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie enige aandacht besteed. In de toelichting op art. 7:19 BW lijkt Meijers ervan uit te gaan dat op de hypotheekgever in beginsel geen enkele verplichting tot informatievoorziening rust:

‘Lid 1 handhaaft het beginsel van artikel 1548 BW, dat hierin is gelegen dat een executant niet voor gebreken van de verkochte zaak aansprakelijk behoort te zijn, omdat hij die in de regel niet uit zijn eigen hoofde kan kennen, *terwijl de geëxecuteerde veelal niet geneigd zal zijn hem in te lichten*.’³⁴⁷

De Hoge Raad neemt in het arrest Christenhusz/Brunsveld, ten aanzien van de mededeling over het al dan niet verhuurd zijn van de woning, tot uitgangspunt dat in beginsel op de hypotheekgever geen plicht rust de hem bekende informatie met de hypotheekhouder of notaris te delen:

‘In verband met de aard van de gedwongen verkoop krachtens het beding van art. 1223 tweede lid, die meebrengt dat het niet de eigenaar is die verkoopt, moet worden aangenomen dat het op de weg ligt van executerende hypotheekhouder, die tot verkoop “vrij van huur” wil overgaan, om zich voor de veiling ervan te vergewissen of het goed is verhuurd en, zo ja, in hoeverre de huurder krachtens zijn wegnemingsrecht bevoegd is om bij ontruiming bestanddelen van het goed daaruit mee te nemen. De eigenaar zal daarom in beginsel niet gehouden zijn de hypotheekhouder of de notaris ten overstaan van wie de veiling zal geschieden, *eigener beweging* te melden dat het goed is verhuurd, onderscheidenlijk dat met uitoefening van een wegnemingsrecht rekening moet worden gehouden.’³⁴⁸

Ook tegenover de (potentiële) bidder (koper) heeft de hypotheekgever geen *actieve* informatieplicht om te informeren over een procedure voor de huurcommissie, zo blijkt uit het door het Hof Amsterdam gewezen arrest Van de Steeg/Grondex:

‘Indien toch tevoren niet aan Grondex [de hypotheekgever, IV] is gevraagd om informatie omtrent de huren van het pand, is het feit dat Grondex niet uit zichzelf mededeling heeft gedaan van de procedure bij de huurcommissie (ook niet ter veiling), haar niet als onzorgvuldig jegens appellant (als potentiële koper) aan te rekenen. Daarbij is van belang dat niet is gesteld of gebleken dat Grondex actieve bemoeienis heeft gehad met de veiling van het pand of met de samenstelling van het veilingboekje met gegevens. Evenmin is dit aannemelijk te achten, nu de veiling niet van Grondex, maar van de hypotheekhouder is uitgegaan.

³⁴⁷ Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, 6), p. 131 (TM). Cursivering toegevoegd door mij.

³⁴⁸ Hoge Raad 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253 m.nt. W.M. Kleijn (Christenhusz/Brunsveld). Cursivering toegevoegd door mij.

Het hof onderschrijft in dit verband hetgeen de rechtbank in r.o. 4 van het vonnis heeft overwogen omtrent – gelet op de veilingcondities – door de koper zelf te verrichten onderzoek van gegevens.

Dat – mogelijk als gevolg van de vermelding van een te hoge huuropbrengst in het veilingboekje – de verkoopprijs hoger uitviel en daardoor een positief verkoopsaldo resteerde dat uiteindelijk aan Grondex is uitbetaald, maakt dit alles niet anders.³⁴⁹

Uit het bovenstaande kan de conclusie worden getrokken dat de hypotheekgever niet gehouden is uit eigener beweging informatie te verstrekken ten behoeve van de voorbereiding van de executoriale verkoop. Op grond hiervan lijkt de hypotheekgever dan ook niet tot meer verplicht dan het dulden van de executoriale verkoop,³⁵⁰ en – zo blijkt uit het Van de Steeg/Grondex-arrest – dat de hypotheekgever *desgevraagd* wel de juiste informatie moet geven aan de koper, op straffe van een onrechtmatige daad.

Deze conclusies zou ik willen nuanceren. Er kan mijns inziens wel degelijk een verplichting worden aangenomen voor de hypotheekhouder om de notaris en de hypotheekhouder zo veel mogelijk in staat te stellen een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te realiseren. Deze verplichting kan worden gebaseerd op de inhoud van de hypotheekakte die door hypotheekgever en hypotheekhouder is ondertekend, de onderliggende kredietovereenkomst en/of de algemene voorwaarden, alsmede op de redelijkheid en billijkheid in onderlinge verhouding tussen hypotheekgever en hypotheekhouder. Een laatste belangrijk argument is dat het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst met name in het belang is van de hypotheekgever zelf en dat de notaris en de hypotheekhouder bij de executoriale verkoop in *zijn belang* streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

Concreet houdt dit het volgende in. De hypotheekgever heeft de verplichting de notaris (als opdrachtnemer van de hypotheekhouder) en de hypotheekhouder zo veel mogelijk in staat te stellen datgene te doen dat nodig is voor het realiseren van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst en *vice versa*: datgene na te laten dat *niet* in het belang is van de netto-opbrengst. Zo is de hypotheekgever bijvoorbeeld gehouden medewerking te verlenen aan bezichtiging van de woning voorafgaande aan de executoriale verkoop, teneinde potentiële bidders in staat te stellen zich te oriënteren op de woning en de waarde die zij daaraan toekennen. Voorts kan worden gedacht aan medewerking aan taxatie, het opknappen van de woning bij achterstallig onderhoud en het desgevraagd

³⁴⁹ Hof Amsterdam 22 februari 1990, *NJ* 1990, 736 (Van de Steeg/Grondex).

³⁵⁰ Vgl. annotatie Kleijn (onder 3) onder Hoge Raad 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253 (Christenhusz/Brunsveld).

verstrekken van informatie aan de hypotheekhouder of notaris die de executoriale verkoop voorbereidt.³⁵¹

Dit is ook van belang in verband met de bevoegdheden van de notaris en de hypotheekhouder indien de hypotheekgever deze verplichtingen niet nakomt omdat hij is vertrokken, weigerachtig is medewerking te verlenen dan wel de voorbereiding van de executoriale verkoopprocedure actief tegenwerkt. In 2005 schetst notaris Van Heeswijk de gang van zaken in de veilingpraktijk.³⁵² Hoewel de door hem vermelde cijfers en casussen wellicht niet representatief zijn voor heel Nederland, wordt eruit duidelijk dat de hypotheekgever/schuldenaar in veel gevallen niet meewerkt aan de executoriale verkoopprocedure: Van Heeswijk stelt dat met meer dan 50% van de schuldenaren geen contact te krijgen is en dat toegang in 50% van de gevallen niet mogelijk is.

Juist vanwege voornoemde verplichtingen dient de wetgever de notaris en de hypotheekhouder de nodige middelen ter beschikking te stellen om bij niet-nakoming van deze verplichtingen te kunnen ingrijpen. Hiermee kunnen zij een nagenoeg gelijk resultaat bereiken als bij nakoming van de hierboven vermelde verplichtingen door de hypotheekgever. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het mogelijk maken van bezichtiging en taxatie, of door het pand op te knappen in geval van achterstallig onderhoud. De middelen die de wetgever hiertoe ter beschikking heeft gesteld, worden in onderdeel 6.7 verder besproken, waarbij ook wordt gezien in hoeverre zij afdoende adequaat zijn in het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst.

4.4.3 Het bereiken van de meestbiedende gegadigde

De derde en laatste hier te bespreken aanwijzing ziet op het bereiken van de meestbiedende gegadigde. Voor de executoriale verkoop is in dit opzicht vooral de *wijze van bekendmaking* van belang. Deze wordt hierna besproken aan de hand van twee vragen, omdat zij het belang van bekendmaking van de executoriale verkoop voor het bereiken van de meestbiedende gegadigde onderstrepen. De eerste vraag is of aanplakking en advertentie ook verplicht zijn bij de onderhandse executoriale verkoop, een vraag die met name kort na de invoering van het Burgerlijk Wetboek speelde. De tweede vraag is op de wijze waarop de meestbiedende gegadigde bereikt dient te worden. Tussen de beantwoording van de twee vragen in onderdeel 4.4.3.1 en 4.4.3.3 wordt een kort uitstapje gemaakt met een meer algemene vraag over de formaliteiten van de onderhandse executoriale verkoop. Deze vraag sluit aan op de in onderdeel 4.4.3.1 te beantwoorden vraag.

³⁵¹ Vgl. voor dit laatste de annotatie van Kleijn (onder 4) onder Hoge Raad 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253 (Christenhusz/Brunsveld).

³⁵² Van Heeswijk 2005, p. 53-70.

4.4.3.1 Ook aanplakking en aankondiging bij onderhandse executoriale verkoop?

De in de wet gegeven mogelijkheid voor het bereiken van de meestbiedende gegadigde is aanplakking en advertentie zoals voorgeschreven in art. 516 Rv.³⁵³ Dat deze bepaling ook bij de onderhandse executoriale verkoop dient te worden toegepast blijkt uit art. 547 lid 2 Rv. Dat artikel schrijft immers voor dat in de in art. 516 Rv bedoelde aanplakking en aankondiging wordt opgenomen dat tot veertien dagen vóór de voor de verkoop bepaalde dag onderhands op de te executeren zaken kan worden geboden bij een aan de notaris gericht geschrift. Desondanks zijn in de literatuur vraagtekens gezet bij de toepassing van art. 516 Rv bij de onderhandse executoriale verkoop. De aanleiding hiervoor is een opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van de onderhandse executoriale verkoop. Deze opmerking vormt een reactie op hetgeen Van Velten over de ontwerp-procedure van onderhandse executoriale verkoop in het BW stelt:

‘Als ik de regeling goed begrijp, dient de gehele procedure om tot een openbare veiling te geraken volledig in gang te worden gezet, voordat tot de rechter het verzoek kan worden gericht om niettemin tot onderhandse verkoop te mogen overgaan. [...] Op het eerste gezicht is dit begrijpelijk uit een oogpunt van rechtsbescherming, doch bij nader inzien rijst de vraag of deze regeling niet averechts zal gaan werken. De kosten van een op het laatste moment afgelaste veiling kunnen immers zéér aanzienlijk zijn (zaalhuur, advertenties, enzovoorts) en uiteindelijk komen deze ten laste van de geëxecuteerde.’³⁵⁴

Wolffensperger vraagt in de parlementaire voorbereiding de minister van Justitie om zijn reactie. De minister zegt hierop het volgende:

‘De heer Wolffensperger heeft gesproken over de procedure bij onderhandse verkoop door de hypotheekhouder. Hij vroeg of de zware procedure die in het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering vastligt, inderdaad van het begin tot het einde moet worden afgewandeld. Ik meen dat het in de bestaande procedure mogelijk is, aan de kosten die verbonden zijn aan het huren van een veilinglokaal en dergelijke, te ontkomen. Tot en met het adverteren zal echter de procedure gevolgd moeten worden zoals in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering [*sic*] is omschreven.’³⁵⁵

De minister is derhalve van mening dat niet de gehele procedure doorlopen hoeft te worden, maar dat aan de formaliteiten tot en met de aankondiging wel moet worden voldaan. Vlak na de invoering van het huidige Burgerlijke Wetboek stelt Asbreuk-van Os, in reactie op de hierboven geciteerde opmerking van de minister van Justitie, dat de onderhandse executoriale verkoop wel degelijk kan

³⁵³ Zie over de beperkte mate van flexibiliteit van deze bepaling onderdeel 4.3.3.3.

³⁵⁴ Van Velten 1986, p. 91-92.

³⁵⁵ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1377 (L.v.Antw.).

plaatsvinden zonder aanplakking en advertentie.³⁵⁶ Uit art. 548 lid 4, eerste zin Rv volgt volgens Asbreuk-van Os dat ‘in ieder geval een dag voor de openbare verkoop moet zijn vastgesteld’, maar die datum kan ook op de lange termijn worden vastgesteld, bijvoorbeeld op 65 dagen. In de tussentijd kan een onderhandse executoriale verkoop tot stand komen, terwijl de termijn van art. 516 Rv (dertig dagen vóór de verkoop) nog niet is ingegaan. In haar opvatting is art. 547 lid 2 Rv dan ook alleen van toepassing ‘zolang nog geen verzoek tot onderhandse verkoop is gedaan’.

Tegen dit standpunt komen onder meer Van Ingen & Jongbloed op.³⁵⁷ Zij vragen zich af hoe zonder aanplakking en advertentie zo veel mogelijk zekerheid kan worden verkregen dat de meestbiedende gegadigde is bereikt, indien deze verkoop niet in het openbaar is aangekondigd. Ten Broeke sluit zich bij dit standpunt aan.³⁵⁸

In een reactie op het artikel van Van Ingen & Jongbloed blijft Asbreuk-van Os bij haar standpunt.³⁵⁹ Daarbij stelt zij overigens ook dat het hoofddoel van de executoriale verkoop niet het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst is:

‘Dat dit beginsel [het beginsel van een zo hoog mogelijke opbrengst, IV] kan worden toegepast op situaties waarvoor in de wet geen antwoord is te vinden, wil geenszins zeggen dat het beginsel ook tot uitgangspunt mag worden genomen wanneer de wet anders bepaalt.’³⁶⁰

Asbreuk-van Os betoogt vervolgens dat de regeling van de executoriale verkoop tot doel heeft ‘geldgevers zodanig te beschermen dat de bereidheid tot financiering blijft bestaan’. Dat dit belang niet als hoofddoel van de executoriale verkoop heeft te gelden, maar daarmee wel sterk samenhangt, is besproken in onderdeel 4.3.2.2. Hier wordt volstaan met een verwijzing naar dat onderdeel. Voor dit onderdeel is van belang dat Asbreuk-van Os weliswaar vasthoudt aan haar standpunt dat aanplakking en advertentie niet (steeds) vereist zijn, maar dat zij ook stelt:

‘Dat het achterwege laten van aanplakking en advertentie in het belang kan zijn van alle betrokkenen wil niet zeggen dat die advertentie en aanplakking *altijd* achterwege kunnen blijven. Er zijn situaties denkbaar waarbij de belangen van de direct betrokkenen wel geschaad worden door het achterwege laten van aanplakking en advertentie. Wanneer desondanks toch een verzoek tot onderhandse verkoop is ingediend, biedt de wet ook dan

³⁵⁶ Asbreuk-van Os 1992, p. 343-345.

³⁵⁷ Van Ingen & Jongbloed 1994, p. 137-138.

³⁵⁸ Ten Broeke 1994, p. 59. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 407.

³⁵⁹ Asbreuk-van Os 1994, p. 653-660.

³⁶⁰ Asbreuk-van Os 1994, p. 654.

voldoende waarborgen om te voorkomen dat onder die omstandigheden onderhands wordt verkocht.³⁶¹

Daarnaast betoogt zij nog dat *met* aanplakking en advertentie ook niet de zekerheid bestaat dat het hoogst mogelijke bod is uitgebracht. Het is, aldus Asbreuk-van Os, onwaarschijnlijk dat alle potentiële bidders van de mogelijkheid tot het doen van onderhandse biedingen gebruik maken en bovendien kan de vermelding dat het een executoriale verkoop betreft, zoals in art. 516 lid 2 Rv verplicht moet worden opgenomen in de advertentie, de biedingen *negatief* beïnvloeden.

Hiertegen kan in de eerste plaats worden ingebracht dat indien in het geheel niet geadverteerd wordt al helemaal geen zekerheid wordt verkregen dat de meestbiedende gegadigde daadwerkelijk bereikt is.³⁶² Het aankondigen van de executoriale verkoop lijkt dan ook essentieel.³⁶³

Ten tweede dient ten aanzien van de vermelding dat het een executoriale verkoop betreft te worden opgemerkt dat deze vermelding een bijzonder doel dient, namelijk het informeren van de gegadigden over het *karakter* van de verkoop. De gegadigden komen zo in een vroegtijdig stadium op de hoogte van het feit dat het een *executoriale* verkoop betreft, hetgeen van belang is vanwege de bijzondere gevolgen die aan deze verkoop verbonden zijn. Daarmee zal hij bij het uitbrengen van zijn bod rekening moeten kunnen houden.³⁶⁴ De bijzondere gevolgen van de executoriale verkoop staan in art. 7:19 BW,³⁶⁵ maar ook in de algemene veilingvoorwaarden.

Een overzicht van de overige bijzondere gevolgen van de executoriale verkoop ten opzichte van de bepalingen bij een reguliere verkoop, gebaseerd op de AVVE 2006:

- De kosten die de koper op grond van art. 9 moet betalen zijn in de regel hoger dan bij een reguliere verkoop (vanwege het hogere honorarium van de notaris, maar ook vanwege de bijzondere kosten die voor rekening van koper komen, zoals inzetpremie en de organisatie van de executoriale verkoop).
- De verkoper sluit iedere aansprakelijkheid voor 'verborgen lasten en beperkingen' uit (art. 15 lid 1). Voorts sluiten de notaris de aansprakelijkheid in zijn algemeenheid uit (art. 15 lid 2) en verlenen zij geen enkele vorm van vrijwaring (art. 15 lid 3).
- De mogelijkheid om enig recht te ontfangen aan een onjuist opgeven maat of grootte van het registergoed wordt in beginsel bij voorbaat uitgesloten (art. 16 lid 1).

³⁶¹ Asbreuk-van Os 1994, p. 657. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

³⁶² Aldus ook Van Ingen & Jongbloed 1994, p. 137.

³⁶³ Zie voorts onderdeel 4.4.3.3.

³⁶⁴ In gelijke zin (ten aanzien van art. 7:19 BW): Zie ook: Asser-Hijma 2007 (5-I), nr. 285. Vgl. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5, 6), p. 132 (MvA). Zie echter Asbreuk-van Os 1994, p. 659. Hierover meer in onderdeel 6.3.3.2.

³⁶⁵ Zie over de bepaling onderdeel 5.2.5.2, waar ook de verhouding tot de reguliere verkoop kort aan de orde komt.

- Het risico gaat op een eerder tijdstip over op de koper dan op het moment van het ondertekenen van de leveringsakte (vgl. art. 7:10 lid 1 BW), namelijk bij gunning; het moment waarop de *koop* tot stand komt derhalve (art. 18 lid 2).
- De aansprakelijkheid in geval van schade na gunning wordt geheel op de koper gelegd (art. 19 lid 4).
- Het risico van gebruik of bewoning na de gunning rust geheel op de koper (art. 19 lid 5).
- De ontruiming van het goed komt veelal ten laste van de koper (art. 20).
- De gevolgen in geval van gebreken bij de aflevering die niet het gevolg zijn van een toerekenbare tekortkoming van de verkoper, komen voor rekening van de koper (art. 21).

4.4.3.2 De overige formaliteiten in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

In aansluiting op de hierboven besproken discussie is ook interessant in hoeverre de *andere* voorschriften van de executoriale verkoopprocedure ook bij de onderhandse executoriale verkoop moeten worden nageleefd. De minister van Justitie is van mening dat alleen de voorschriften tot aan de aanplakking en advertentie moeten worden gevolgd:

‘Anderzijds is niet onmogelijk de gang van zaken bij de executie aldus in te richten dat niet onnodig een veilinglokaal hoeft te worden gehuurd. De artikel 545-548 Rv. kennen wel termijnen, maar niet een termijn waarbinnen de openbare verkoop moet geschieden. Deze kan dus op een ruime termijn worden vastgesteld. Verder wordt niet bepaald dat met de onderhandse verkoop moet worden gewacht tot veertien dagen voor de veiling, ook al kunnen tot dit tijdstip nog biedingen worden gedaan. Het moet immers mogelijk blijven dat zich een onderhandse koper meldt met een bod dat hoog is omdat hij haast heeft, maar juist daarom bij voorbeeld binnen veertien dagen moet worden aanvaardt. Daarvan moet, met goedkeuring van de president, gebruik kunnen worden gemaakt; dat dit kan, is nu juist een van de voordelen van onderhandse verkoop.’³⁶⁶

Van Ingen & Jongbloed zijn een andere mening toegedaan:

‘Waar iedereen belang heeft bij een hoge opbrengst dient de termijn afgewacht te worden. Het niet afwachten van de termijn zou voor grote procedurele problemen kunnen zorgen. In een situatie waarin een hoger bod wordt uitgebracht in het tijdsbestek tussen de mondelinge behandeling en de beschikking van een eerder bod is onzeker wat er dient te gebeuren. Nog ondoorzichtiger is de situatie waarin de president zijn goedkeuring heeft gegeven aan een onderhandse verkoop en waarbij in het tijdsbestek tussen beschikking en transport een hoger bod wordt gedaan. Dit laatste heeft zich in de praktijk voorgedaan.’³⁶⁷

³⁶⁶ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1377 (L.v.Antw.).

³⁶⁷ Van Ingen & Jongbloed 1994, p. 137. Zij verwijzen hier naar Pres. Rb. Arnhem 9, 19 en 20 november 1992, *NJkort* 1993, 4a, 4b en 4c.

De mening van Van Ingen & Jongbloed wordt door andere schrijvers gedeeld.³⁶⁸ Het is ook maar de vraag of, als aanplakking en advertentie verplicht moeten plaatsvinden, niet ook tot het laatste moment met onderhandse executoriale verkoop moet worden gewacht. Art. 547 lid 2 Rv, dat op grond van het betoog van de minister moet worden nageleefd, schrijft voor dat in de advertentie wordt opgenomen dat geïnteresseerden tot twee weken vóór de veilingdag onderhands kunnen bieden. Art. 548 lid 2 Rv bepaalt in aansluiting daarop dat bij het verzoekschrift tot onderhandse executie een lijst wordt overlegd van de binnengekomen biedingen. Zoals Stein opmerkt is het niet goed voorstelbaar dat de notaris verklaart dat er geen andere biedingen zijn binnengekomen, terwijl niet de daarvoor geldende termijn is afgewacht.³⁶⁹ Binnen die termijn kunnen immers nog biedingen binnenkomen. Bieders die pas op het laatste moment een bod doen kunnen bedrogen uitkomen indien de verkoop dan reeds heeft plaatsgevonden. Het is niet ondenkbaar dat de hypotheekhouder die deze termijn niet heeft afgewacht, aansprakelijk wordt gesteld indien zich ná het voortijdig ingediende en goedgekeurde verzoekschrift nóg een bidder meldt die een hogere bieding uitbrengt. De voorzieningenrechter zal dan ook met de goedkeuring van een voortijdig ingediend verzoekschrift dienen te wachten tot de termijn voor onderhandse biedingen, zoals opgenomen in de advertentie, is verstreken. Dit geldt temeer gezien het betoog in onderdeel 4.4.1.4 over het meenemen van biedingen buiten de termijn.

In het licht van het bovenstaande verdient echter wel opmerking dat niet goed valt in te zien, waarom in art. 547 lid 2 Rv een verplichte termijn van twee weken vóór de verkoop is opgenomen.³⁷⁰ Nu de termijn van twee weken opgenomen is in de wettekst, zal steeds de voorbereiding van de openbare veiling in gang zijn gezet en derhalve kosten zijn gemaakt voor bijvoorbeeld de huur van de veilingzaal en de afslager voordat de onderhandse executoriale verkoop tot stand komt. Die kosten zijn dan achteraf gezien onnodig gemaakt. In deze zin is het betoog van Asbreuk-van Os wel te begrijpen. Dit geldt temeer nu een tijdig ingediend verzoekschrift tot onderhandse verkoop de dag van de openbare verkoop doet vervallen (art. 548 lid 4 Rv). Bij afwijzing van het verzoek moet de procedure dus weer opnieuw worden opgestart, met alle kosten van dien.

Gezien het betoog hiervoor dient in de advertentie echter wel een termijn te worden opgenomen voor het doen van onderhandse biedingen, maar is het beter

³⁶⁸ Albers-Dingemans 1998, p. 26-27. De schrijvers die vóór Van Ingen & Jongbloed reeds eenzelfde standpunt huldigen: Ten Broeke 1994, p. 59; Stein 1991, p. 175-179. Vgl. Van Velten 1986, p. 91-92.

³⁶⁹ Stein 1991, p. 179.

³⁷⁰ Vgl. de oproep van Van Velten 1986, p. 91-92.

de lengte van deze termijn aan de notaris en de hypotheekhouder over te laten en deze niet te laten afhangen van de datum van openbare executoriale verkoop. Op deze wijze wordt voorkomen dat onnodig een veilinglokaal wordt gehuurd en andere maatregelen voor de openbare veiling worden getroffen. De notaris en de hypotheekhouder kunnen zo bijvoorbeeld, bij een object dat geschikt is voor koop door particulieren, een ruime termijn nemen voor de onderhandse executoriale verkoop. Indien het goed desondanks niet binnen die termijn verkocht wordt, kunnen zij alsnog overgaan tot openbare executoriale verkoop. Er wordt zo meer recht gedaan aan het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Op de wenselijke aanpassingen van de onderhandse executoriale verkoopprocedure wordt in onderdeel 6.3.3.1 nog nader ingegaan.

4.4.3.3 Hoe moet de meest biedende gegadigde worden bereikt? Het belang van een flexibele regeling

In onderdeel 4.3.1.3 werd al stilgestaan bij de behoefte aan een flexibele regeling van aankondiging, in verband met de opkomst van het internet. Voor dit onderdeel wordt er op gewezen dat deze flexibele regeling ook gewenst is in verband met het bereiken van de meestbiedende gegadigde. De notaris en de hypotheekhouder zullen het voor het betreffende object te verwachten publiek moeten bereiken met de wijze van aankondiging. De verkoop van een voor direct bewoning door particulieren geschikte woning vraagt immers om een andere wijze van aankondiging dan een bedrijfspand. De aankondiging van de verkoop moet dan ook *efficiënt* zijn; ofwel: gericht op degenen die voor het specifieke object naar verwachting de hoogste prijs willen betalen.³⁷¹ Het geven van een zo groot mogelijke bekendheid en het bereiken van zo veel mogelijk geïnteresseerden is dan ook geen doel op zich, omdat dit niet leidt tot een efficiënte aankondiging. Strikt bezien zou dan immers op alle mogelijke manieren moeten worden aangekondigd. Het gaat erom de bidders te bereiken die interesse hebben in het specifieke object en daarvoor de hoogste prijs willen betalen. Zo bezien biedt het huidige voorschrift, dat aanplakking volgens plaatselijk gebruik en aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad verplicht, hiervoor te weinig ruimte. Het is dan ook gewenst deze bepaling aan te passen in die zin dat zij *wel* voorschrijft dat aankondiging en aanplakking moeten plaatsvinden, maar dat de wijze waarop dit gebeurt wordt overgelaten aan de notaris en de hypotheekhouder.

³⁷¹ Zie ook Jongbloed & Van den Heuvel, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2012, art. 516 Rv, aant. 2a: 'Steeds zal onder ogen moeten worden gezien op welke wijze de voorgenomen verkoop onder de aandacht kan worden gebracht van potentiële kopers.'

5. De executoriale verkoopprocedure op microniveau

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk vindt een analyse plaats van de executoriale verkoopprocedure op microniveau (het uitvoeringsniveau). Daarbij komt allereerst de rol van de twee belangrijkste actoren bij de executoriale verkoop, de notaris en de hypotheekhouder, aan de orde. Hun zorgplichten in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure, het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, staan hierbij centraal.

Vervolgens komt de executoriale verkoopprocedure in detail ter sprake, aan de hand van een voor het microniveau belangrijke vraag, namelijk welke gevolgen aan het niet nakomen van de wettelijke formaliteiten zijn verbonden.

Bij deze analyses ligt de nadruk op de in het vorige hoofdstuk besproken uitgangspunten.

5.2 De rol van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure

Uit de tabel in de Bijlage blijkt van de prominente plaats van de notaris in de wettelijke regeling van de executoriale verkoop van registergoederen.³⁷² De rol van de notaris bij de executoriale verkoop verschilt dan ook van zijn gebruikelijke werkzaamheden bij registergoedtransacties. Op grond van de wettelijke regeling is verplichte inschakeling van de notaris bij de reguliere verkoop- en overdrachtprocedure pas in een laat stadium aan de orde, namelijk bij het opmaken van de akte van levering (art. 3:89 BW). Bij de executoriale verkoopprocedure wordt de notaris op grond van de wet al vroeg ingeschakeld, namelijk reeds vóór de verkoop (art. 546 jo. 515 e.v. Rv). In dit hoofdstuk komen de gevolgen die dit voor de zorgplicht van de notaris aan bod, aan de hand van de uitgangspunten uit hoofdstuk 4.

5.2.1 Notariële tussenkomst in het algemeen³⁷³

Voordat de bijzondere positie van de notaris bij de executoriale verkoop nader wordt beschouwd, wordt hier nog kort stilgestaan bij de literatuur en jurisprudentie over de positie van de notaris in het rechtsverkeer in het algemeen, en meer in het bijzonder zijn positie bij rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen. Dat biedt inzicht in de hierna te bespreken redenen voor de

³⁷² Vanwege deze centrale rol mag tijdens de executoriale verkoopprocedure door de koper niet gewisseld worden van notaris (bijvoorbeeld om de levering na de koop uit te voeren), zie Van Velten 2008-I, p. 559.

³⁷³ Omdat hier beoogd wordt een algemeen beeld te schetsen van de positie van de notaris in het rechtsverkeer, wordt slechts een algemeen overzicht gegeven van de parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie over dit onderwerp.

(verplichte) inschakeling van de notaris bij de executoriale verkoop en de zorgplichten van de notaris bij de executoriale verkoop.

5.2.1.1 Twee pijlers: rechtszekerheid en rechtsbescherming

De notariële tussenkomst bij rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen rust op twee pijlers: rechtszekerheid en rechtsbescherming.³⁷⁴ Deze pijlers worden in dit onderdeel verder toegelicht.

De rechtszekerheidspijler komt tot uitdrukking in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:89 BW. In die bepaling is vastgelegd dat de levering van registergoederen geschiedt door de inschrijving in de openbare registers van een tussen partijen opgemaakt notariële akte. De wetgever achtte deze notariële tussenkomst een noodzakelijkheid:

‘In het bijzonder de ingewikkelde materie van huwelijksvermogens- en erfrecht en de betekenis van onroerend goed maken het onvermijdelijk bij de overdracht van onroerende goederen en de vestiging van zakelijke rechten een *waarborg voor deskundige behandeling* te eisen.’³⁷⁵

Vanwege de deskundigheid van de notaris op de aan de overdracht van een registergoed verbonden rechtsgebieden is ook bij de levering van een registergoed de tussenkomst van de notaris dwingendrechtelijk voorgeschreven. Een andere reden ligt in het belang van een goed werkend rechtsverkeer:

‘Voor een doorzichtig rechtsverkeer van registergoederen zijn specialiteit (nauwkeurige omschrijving) en publiciteit (inschrijving in openbare registers) elementaire vereisten. De verplichte inschakeling van de notaris maakt het mogelijk een nauwkeurige naleving van gedetailleerde eisen af te dwingen, waardoor bij het rechtsverkeer in registergoederen specialiteit en publiciteit worden bevorderd.’³⁷⁶

Uit het bovenstaande wordt echter nog niet duidelijk wat de *taak* van de notaris in het kader van de rechtszekerheidspijler is. Voor de invulling daarvan kan worden aangesloten bij het arrest Credit Lyonnais Bank/T.:

‘Deze verplichting [tot controle van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, IV] vloeit voort uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig

³⁷⁴ Breedveld-de Voogd 2010, p. 74-77. Zie ook Melis/Waaijer 2012, p. 16-23; Huijgen 1997, p. 1-6. Waaijer wijst daarnaast op de opdracht aan de notaris zich bij de ambtsuitoefening ‘verre te houden van criminaliteit en deze soms zelfs te bestrijden’.

³⁷⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 349 (VV). Cursivering toegevoegd door mij.

³⁷⁶ Melis/Waaijer 2012 p. 16.

is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen.³⁷⁷

Boks maakt duidelijk dat uit deze zwaarwegende zorgplicht een drietal deeltzorgplichten voortvloeit.³⁷⁸ Deze zorgplichten zijn gebaseerd op ofwel de jurisprudentie ofwel een de wet. Zij worden hier kort uitgewerkt, omdat de bespreking van de zorgplichten van de notaris op grond van de rechtszekerheidspijler bij de executoriale verkoop ook op deze indeling is gebaseerd.

De deelverplichtingen van de notaris op grond van de rechtszekerheidspijler

1. De plicht tot wilscontrole: het onderzoek van de notaris ‘of hetgeen in de akte is opgenomen in overeenstemming is met de wil van partijen; hij [de notaris, IV] dient uit te vinden wat partijen *beogen* met de voorgenomen rechtshandeling’.³⁷⁹ Voor de plicht tot wilscontrole dient onder meer het arrest Wever/Aruba als uitgangspunt.³⁸⁰ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de hypotheekhouder ‘zonder meer ervan mag uitgaan dat de door de hypotheekgever ondertekende notariële akte diens bedoelingen juist en volledig weergeeft’. De wilscontrole houdt in dat de notaris bij partijen dient te controleren of dit ook daadwerkelijk het geval is. Hiermee wordt voorkomen dat de akte achteraf bezien nietig of vernietigbaar is, vanwege het ontbreken van de wil van (een van) de partijen.
2. De onderzoeksplicht: het onderzoek naar ‘de in de akte op te nemen feiten’ en ‘de toepasselijke rechtsregels’.³⁸¹ Deze verplichting komt naar voren in een groot aantal arresten.³⁸²
3. De informatieplicht: de verplichting van de notaris ‘om zijn cliënten te informeren over de juridische betekenis en de rechtsgevolgen van de voorgenomen rechtshandeling’.³⁸³ Deze verplichting is vastgelegd in art. 43 Wna. Het gaat hier om een *algemene* informatieplicht om partijen te informeren over ‘de inhoud en de juridische gevolgen van die rechtshandeling’,³⁸⁴ een verplichting die moet worden onderscheiden van de hierna nog te bespreken *bijzondere* waarschuwingsplicht.

³⁷⁷ Hoge Raad 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. E.A.A. Luijten (in *NJ* 1991, 474) (Credit Lyonnais Bank/T.). Zie ook: Hoge Raad 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 m.nt. W.M. Kleijn (Caravanpark). Vgl. Breedveld-de Voogd 2010, p. 77-79; Boks 2002, p. 35-39.

³⁷⁸ Boks 2002, p. 39-63. De deelverplichtingen worden hieronder slechts kort weergegeven. Voor een uitgebreide bespreking wordt verwezen naar voormelde bron.

³⁷⁹ Boks 2002, p. 41. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

³⁸⁰ Hoge Raad 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. W.M. Kleijn (Wever/Aruba Bank).

³⁸¹ Boks 2002, p. 44.

³⁸² Zie o.m. Hoge Raad 20 december 2002, *NJ* 2003, 325 m.nt. W.M. Kleijn (Zürich/X); Hoge Raad 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 m.nt. W.M. Kleijn (Caravanpark); Hoge Raad 27 maart 1992, *NJ* 1993, 188 (Meijer/Thesing Vastgoed); Hoge Raad 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. E.A.A. Luijten (in *NJ* 1991, 474) (Credit Lyonnais Bank/T.).

³⁸³ Boks 2002, p. 53.

³⁸⁴ Boks 2002, p. 53.

De tweede pijler voor de notariële tussenkomst is de rechtsbeschermende functie van de notaris. Het standaardarrest in dezen is het Groninger huwelijkse voorwaarden-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde:

‘De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.’³⁸⁵

De notaris heeft op grond van dit arrest onder omstandigheden de plicht tot *compenserende onpartijdigheid*.³⁸⁶ Onder omstandigheden, want deze plicht komt eerst aan de orde als een van de partijen in een achtergestelde positie verkeert. Het verschil tussen deze zorgplicht en de algemene informatieplicht is dat de *algemene* informatieplicht geldt tegenover alle partijen bij de akte, terwijl de bijzondere waarschuwingsplicht tegenover een specifieke partij kan gelden. De rechtsbeschermende zorgplicht vraagt een actieve houding van de notaris, terwijl de pijler van de rechtszekerheid juist een lijdelijke houding vraagt.³⁸⁷ De rechtsbeschermende functie brengt de plicht mee voor de notaris tot waarschuwing tegen ‘de specifieke, bezwarende rechtsgevolgen die rechtshandelingen met zich meebrengen voor de partijen die hij bijstand verleent’.³⁸⁸ De uit het Duitse recht afkomstige term *Belehrungspflicht* (ook wel: Belehrungspflicht) wordt in dit kader vaak gebruikt.³⁸⁹

5.2.1.2 De zorgplicht van de notaris tegenover derden

Bij de executoriale verkoop zijn diverse derden betrokken. Voor een groot aantal van hen brengt de executoriale verkoop verstekkende gevolgen mee. Het is interessant te analyseren in hoeverre de notaris met deze derden rekening moet houden. Ten behoeve van deze analyse komt hier de *algemene* zorgplicht van de notaris ten opzichte van niet bij de akte betrokken partijen ter sprake.

³⁸⁵ Hoge Raad 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. E.A.A. Luijten (Groningse huwelijkse voorwaarden). Zie ook Hoge Raad 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 m.nt. E.A.A. Luijten (Dicky Trading I); Hoge Raad 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. W.M. Kleijn (Dicky Trading II); Hoge Raad 14 december 2007, *NJ* 2008, 8 (Bospercelen). Zie hierover ook Breedveld-de Voogd 2010, p. 79-86.

³⁸⁶ Term ontleend aan Melis/Waaijer 2012, p. 30.

³⁸⁷ Huijgen 1997-I, p. 4. Zie echter: Boks 2002, p. 41 e.v. (‘Wilscontrole veronderstelt een actieve houding van de notaris’). Dit verschil hangt mijns inziens samen met het verschil dat zij maken in plichten die onder de rechtszekerheidsfunctie en plichten die onder de rechtsbeschermende functie vallen, zie Boks 2002, p. 55-56.

³⁸⁸ Melis/Waaijer 2012, p. 22. Zie ook de annotatie van Luijten onder Hoge Raad 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. E.A.A. Luijten (Groningse huwelijkse voorwaarden).

³⁸⁹ Zie Boks 2002, p. 80-82 over het verschil tussen *Belehrungspflicht aus Urkundstätigkeit* en *Belehrungspflicht aus Betreuungsverpflichtung* in het Duitse recht.

De standaardarresten over dit onderwerp vormen de Tilburgse Hypotheekbankarresten, waarin de Hoge Raad oordeelt:

‘Het [hof] heeft kennelijk – en terecht – aangenomen dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde rechtshandelingen.’³⁹⁰

In de casus die leidde tot de Tilburgse Hypotheekbankarresten ging het om het passeren van een aantal hypotheekakten waarbij sprake was van overfinanciering. Dit bracht verstekkende gevolgen mee voor de positie van de schuldeisers van de Tilburgse Hypotheekbank. In de procedure moest worden uitgemaakt of de notaris tegenover deze schuldeisers, derden bij de transactie, aansprakelijk was uit onrechtmatige daad. De onrechtmatigheid zou eruit bestaan dat de notaris medewerking had verleend aan de totstandkoming van hypothecaire geldleningen de hypotheekhouder (de Tilburgse Hypotheekbank), dan wel de schuldeisers van de hypotheekhouder benadeelden.³⁹¹

Volgens de curatoren had de notaris vanwege de verstekkende gevolgen voor de schuldeisers zijn ministerie moeten weigeren. Uit de arresten blijkt dat de notaris slechts onder *bijzondere omstandigheden* sprake kan zijn van een zorgplicht van de notaris jegens derden. Van dergelijke bijzondere omstandigheden was in deze casus sprake.³⁹² Het hof hanteert daarbij als maatstaf dat het verlijden van de akte een ernstig gevaar voor insolventie van de hypotheekhouder meebrengt, een maatstaf ten aanzien waarvan de Hoge Raad overweegt dat ‘[n]iet kan worden gezegd dat deze door het Hof uit de maatstaf getrokken consequentie onjuist of onbegrijpelijk is’.

In de literatuur wordt daarnaast een zorgplicht aangenomen van de notaris tegenover ‘alle deelnemers aan het rechtsverkeer die in vertrouwen op de

³⁹⁰ Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 m.nt. W.M. Kleijn (in *NJ* 1996, 629) (Tilburgse Hypotheekbank I). Zie ook Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Tilburgse Hypotheekbank II) en Hoge Raad 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 m.nt. W.M. Kleijn (Tilburgse Hypotheekbank III).

³⁹¹ Zie conclusie AG Koopmans bij Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 (Tilburgse Hypotheekbank I), onder 3.

³⁹² Hierover ook: Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 (Tilburgse Hypotheekbank III), die betoogt dat bij registergoederen en aandelen op naam ‘de notaris de enige is die een overdracht of zekerheidstelling kan vastleggen. Dit betekent dat de notaris tegenover partijen, op grond van zijn monopoliepositie, een zekere verantwoording heeft, dat hij niet onnodig rechtswijgering veroorzaakt.’ Vgl. Van Oostrom-Streep 2012, p. 363-365. Zij stelt dat het ‘opmerkelijk’ is dat de norm uit de Tilburgse Hypotheekbankarresten ‘als algemene norm wordt gehanteerd bij het formuleren van de notariële zorgplicht jegens derden’.

rechtsgeldigheid van de in de akte vervatte rechtshandelingen handelen'.³⁹³ Omdat het voor de bespreking van de zorgplicht van de notaris bij de executoriale verkoop vooral van belang is te beschouwen in hoeverre de notaris een zorgplicht heeft ten opzichte van derden van wie het belang wordt geraakt door de ambtshandelingen van de notaris, wordt bij de overige categorieën van zorgplichten van de notaris niet nader stilgestaan.

In de *tuchtrechtelijke* jurisprudentie lijkt een verdergaande zorgplicht voor de notaris te worden aangenomen dan in de civielrechtelijke jurisprudentie. Een voorbeeld biedt een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2011.³⁹⁴ Hierbij draaide het om de vraag of de notaris klachtwaardig handelt bij het passeren van een hypotheekakte ten behoeve van een tweede hypotheekhouder, terwijl hij weet dat hiervoor geen toestemming is gegeven door de eerste hypotheekhouder die op grond van de hypotheekakte wel vereist was. Het Hof Amsterdam oordeelde dat de notaris dienst had moeten weigeren:

‘6.4. In de onderhavige zaak is niet gesteld noch gebleken dat het rechtmatig belang van de wederpartij van Phanos [de hypotheekgever, IV], de hypotheeknemer, bij de akte van 20 februari 2009, de notaris tot de conclusie heeft gebracht dat zij haar dienst niet mocht weigeren. Het hof gaat er daarom van uit dat er geen sprake van een conflicterende belangen [sic] als onder 6.3 bedoeld.

6.5. De notaris meent dat zij geen gegronde reden voor weigering van haar ministerie had, aangezien het verkrijgen van de financiering onder tweede hypothecair verband voor Phanos van groot belang was, terwijl de mate waarin klaagster in haar belang geschaad werd, gering was. Dit verweer faalt omdat, zoals ook de kamer heeft vastgesteld, klaagster door het vestigen van de tweede hypotheek op relevante wijze in haar belang is geraakt en het niet aan de notaris was, maar aan klaagster om te beoordelen of, en zo ja, onder welke voorwaarden toestemming voor het vestigen van een tweede hypotheek zou kunnen worden gegeven. [...]

6.6. Anders dan de notaris leest het hof in de beslissing van de kamer niet dat een andere notaris – ceteris paribus – diens medewerking aan het vestigen van een tweede hypotheek door Phanos wél zou hebben mogen verlenen. Naar het oordeel van het hof had de notaris in dit geval echter een bijzondere reden haar dienst te weigeren, nu haar medewerking resulteerde in een tekortkoming door Phanos jegens klaagster in een ten overstaand van haarzelf vastgelegd verplichting.

6.7. Het is het hof niet gebleken van bijzondere omstandigheden die in het onderhavige geval hadden kunnen rechtvaardigen dat de notaris in afwijking van de onder 6.2. geformuleerde algemene regel niettemin haar dienst verleende, zodat het hof de klacht gegrond zal verklaren.’

Zowel Wibier als Van Oostrom-Streep wijzen op het vervagen van het onderscheid tussen het goederen- en het verbintenissenrecht als gevolg van

³⁹³ Van den Akker 2004, p. 587-588. Zie ook Boks 2002, p. 120 e.v., Van den Akker 2001, p. 141 e.v. Van de Akker noemt daarnaast nog andere categorieën derden, zie Van den Akker 2004, p. 587-591.

³⁹⁴ Hof Amsterdam (tuchtr.) 24 mei 2011, *JOR* 2012, 86 m.nt. N.W.A. Tollenaar.

(onder meer) deze tuchtrechtelijke uitspraak.³⁹⁵ De zorgplicht van de notaris lijkt hiermee ook aanmerkelijk verder te strekken dan de hierboven besproken zorgplicht die voortvloeit uit de Tilburgse Hypotheekbankarresten. Ook Verstappen is kritisch en noemt als ‘meest principiële bezwaar’ tegen het oordeel van het hof ‘de te vergaande inbreuk op de partijautonomie en de contractsvrijheid’.³⁹⁶

Tollenaar stelt echter in zijn annotatie bij de uitspraak van het Hof Amsterdam:

‘De overwegingen van het hof lijken voldoende ruimte te geven om ministerie te verlenen voor de vestiging van opvolgende zekerheid in weerwil van een eerder bezwaringsverbod. Daartoe is dan wel nodig dat de notaris vaststelt dat de nieuwe zekerheidsgerechtigde een rechtmatig belang heeft bij de zekerheidsverstrekking en zich bij zijn afweging door dat belang laat leiden.’³⁹⁷

Ook Huijgen wijst erop dat het afhankelijk is van de omstandigheden of de notaris ministerie moet verlenen of zijn diensten moet weigeren.³⁹⁸ Bij de afweging acht hij *kennis* bij – bijvoorbeeld – de tweede hypotheekhouder over het eerdere hypotheekrecht en het toestemmingsvereiste in de hypotheekakte een belangrijk criterium. Hij stelt in reactie op de uitspraak van het Hof Amsterdam dan ook dat als bij de wederpartij geen kennis heeft over het beding dat geschonden wordt, als hoofdregel de ministerieplicht geldt. Eerst bij (in ieder geval) gerede twijfel over de vraag of de wederpartij deze kennis wel heeft en ‘er wellicht tevens sprake is van bijzondere omstandigheden die ertoe leiden dat geen uitvoering kan worden gegeven aan de ministerieplicht’, sprake kan zijn van dienstweigering.

Hammerstein stelt nog dat de tuchtrechter ‘andere en hogere eisen [mag] stellen aan de zorgplicht van de notaris dan de burgerlijke rechter omdat het tuchtrecht een andere aard heeft’. Het tuchtrecht kan deze eisen stellen omdat geoordeeld wordt over de eer en het aanzien van het ambt.³⁹⁹ Dit moge zo zijn, maar naar mijn mening geeft Verstappen terecht aan dat de notaris hier een informerende en waarschuwende taak heeft.⁴⁰⁰ Hij stelt:

‘Het beginsel van partijautonomie en dat van de contractsvrijheid zouden te zeer in het gedrag komen als de notaris verder gaat en dienst weigert.’

Afsluitend kan in ieder geval worden gezegd dat de uitspraak noopt tot voorzichtigheid aan de zijde van de notaris, indien door een transactie

³⁹⁵ Van Oostrom-Streep 2012, p. 361-368; Wibier 2012, p. 212-214.

³⁹⁶ Verstappen 2012, p. 919.

³⁹⁷ Tollenaar, annotatie onder Hof Amsterdam 24 mei 2011, *JOR* 2012, 86.

³⁹⁸ Huijgen 2012-II, p. 910-617.

³⁹⁹ Hammerstein 2012, p. 920-921.

⁴⁰⁰ Verstappen 2012, p. 919.

wanprestatie wordt gepleegd ten aanzien van een derde.⁴⁰¹ De gevolgen van deze conclusie voor de taak van de notaris jegens derden bij de executoriale verkoop, wordt hierna nog uitgewerkt.

5.2.2 *De reden voor notariële tussenkomst bij de executoriale verkoop*

Alvorens de rol van de notaris bij de executoriale verkoop te bespreken, is het nog interessant stil te staan bij de redenen voor de inschakeling van de notaris en voor de prominente plaats die de notaris in de procedure inneemt. Door inzicht te verkrijgen in deze redenen, worden ook bruikbare aanknopingspunten gevonden voor de *invulling van de zorgplichten* van de notaris bij de executoriale verkoop.

Bij deze analyse zijn twee in het vorige hoofdstuk besproken behoeften bij de executoriale verkoopprocedure van belang, namelijk de behoefte aan bescherming van bepaalde betrokkenen voor wie de executoriale verkoop grote gevolgen meebrengt enerzijds en de behoefte aan een eenvoudige, efficiënte, effectieve en flexibele regeling enerzijds, zodat steeds onder de gegeven omstandigheden een zo hoog mogelijke opbrengst behaald kan worden.

De eerste behoefte kan worden vervuld door de tussenkomst van een onafhankelijke en onpartijdige toezichthouder op de verkoop. De executoriale verkoop brengt, zoals meermaals vermeld, voor een aantal betrokkenen grote gevolgen mee. Zij verdienen een zekere mate van rechtsbescherming, zoals ook in onderdeel 4.3.1.1 en 4.3.2.4 ter sprake kwam. Deze rechtsbeschermende taak kwam aanvankelijk toe aan de rechter, zoals in het tweede hoofdstuk is besproken. Voordat de hypotheekhouder kon overgaan tot executoriale verkoop, was rechterlijke goedkeuring nodig. Hiermee werd voorafgaande aan de executoriale verkoop de rechtmatigheid van de verkoop beoordeeld, waarbij ook de belangen van betrokkenen kunnen worden meegenomen in de overweging.

Tegen de rechterlijke tussenkomst kunnen echter bezwaren worden aangevoerd. De betalingsverplichting van de hypotheekgever is vastgelegd in een notariële akte, waarmee voldoende vaststaat dat de hypotheekgever gehouden is tot

⁴⁰¹ Tjong Tjin Tai twijfelt echter 'of deze uitspraak grote betekenis heeft', waarbij hij erop wijst dat de eerste hypotheekhouder een voormalig cliënt was van de notaris. Er geldt dus nog steeds een post-contractuele zorgplicht van de notaris 'die ertoe kan verplichten ofwel zijn voormalige cliënt te wijzen op de wanprestatie, ofwel hem anderszins te waarschuwen dat zijn rol nu een andere is.' (Tjong Tjin Tai 2012, p. 907). Dat mijns inziens uit de uitspraak wel degelijk algemenere uitgangspunten over de zorgplicht van de notaris kunnen worden afgeleid, moge uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden.

betaling.⁴⁰² Een rechterlijke procedure is zo bezien niet noodzakelijk om de betalingsverplichting van de hypotheekgever vast te stellen. Dit geldt temeer gezien de hiervoor vermelde behoefte aan een efficiënte en effectieve procedure. Deze behoefte komt ook in de parlementaire geschiedenis naar voren, zoals bleek in onderdeel 2.4.1. De gerechtelijke procedure werd in de negentiende eeuw als een te lange en te kostbare procedure gezien. Als alternatief werd daarom de openbare verkoop ten overstaan van de notaris op grond van het beding van eigenmachtige verkoop opgenomen in de wet. Heuff maakt duidelijk tot welke gevolgen dit leidde:

‘De notarissen hebben daarbij hun taak verstaan. Zelfs is door de praktijk, zoals die zich ontwikkeld heeft, de executoriale verkoop van onroerend goed tot een dode letter geworden. [...] Ook in geval van een executie door een beslaglegger wordt er de voorkeur aan gegeven de notaris met de openbare verkoop te belasten.’⁴⁰³

Vanaf 1992 is de gerechtelijke verkoop dan ook voor de executoriale verkoop van registergoederen uit de wet verdwenen. De voorbereiding en uitvoering van de executoriale verkoop wordt voortaan overgelaten aan de notaris.

Gezien het vorenstaande zal de notaris bij de uitvoering van zijn taken zowel bescherming moeten bieden aan de betrokkenen, als acht moeten slaan op de lengte en kosten van de procedure. Zijn in art. 17 Wna neergelegde positie stelt de notaris hiertoe in staat. Op grond van art. 17 Wna oefent de notaris zijn ambt in onafhankelijkheid en onpartijdigheid uit, zodat de notaris niet alleen zorg dient te dragen voor de belangen van zijn opdrachtgever (de hypotheekhouder), maar ook voor de belangen van de betrokkenen. Deze onafhankelijke en onpartijdige positie dient de notaris steeds te bewaken.

De notaris kan zich hier wel in een lastig parket bevinden. Zijn opdrachtgever, de hypotheekhouder, kan immers een belang hebben dat tegengesteld is aan de van (een) andere betrokkene(n). De notaris zal dan een eigen afweging moeten maken en zich terdege bewust moeten zijn van zijn positie bij de executoriale verkoop. Een waarborg hiertoe biedt het tuchtrechtelijk toezicht waaraan de notaris op grond van art. 93 e.v. Wna is onderworpen. Ook kan worden gedacht aan een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad, als een betrokkene als gevolg van schending van de zorgplichten in een beschermd belang is geraakt. Naast deze rechtsmiddelen, die *na* de executoriale verkoopprocedure kunnen worden ingezet, hebben de betrokkene ook *gedurende* de procedure mogelijkheden om voor hun belang op te komen en zo te ageren tegen het

⁴⁰² Zie ook Rapport Vdp 2010, p. 61: ‘In the case of mortgages it is, however, often useful on efficiency grounds to avoid proceedings regarding the payment obligation where this obligation is clear on the merits and ascertainable as regards amount.’

⁴⁰³ Heuff 1988, p. 104.

handelen van de notaris.⁴⁰⁴ Hiermee kunnen zij op relatief eenvoudige wijze het handelen van de notaris door de voorzieningenrechter laten toetsen. Deze rechtsmiddelen bieden de betrokkenen in ieder geval een vorm van invloed op het handelen van de notaris.

5.2.2.1 De rol van de voorzieningenrechter bij de executoriale verkoopprocedure

Hiervoor werd opgemerkt dat sinds 1992 de executoriale verkoop met rechterlijke goedkeuring geen wettelijke basis meer heeft, althans voor de verkoop door de hypotheekhouder. Desondanks speelt de (voorzieningen)rechter nog wel een belangrijke rol bij de procedure. Een analyse van de rol van de voorzieningenrechter bij de executoriale verkoop leert dat hij twee hoofdtaken heeft. Ten eerste, uitspraak doen indien een betrokkene het niet eens is met de handelswijze van de hypotheekhouder of notaris en ten tweede een preventieve taak als extra waarborg in de procedure van executoriale verkoop. In tabel 5.1 zijn beide taken uitgewerkt, aan de hand van de wet.

Taak	Wetsbepaling	Inhoud
<i>Geschilbeslechter</i>	3:234 lid 3 BW	Bij derdenhypotheek beslissen bij weigering schuldeiser verkoop andere goederen, op verzoek van de 'meest gerede partij' of de notaris.
	3:270 lid 4 BW	Beslissen over uitkering aan hypotheekhouder indien redenen notaris om te vermoeden dat verklaring eerste hypotheekhouder onjuist is, op vordering van de 'meest gerede partij' of op verlangen van de notaris.
	438 lid 2 en 4 Rv	Voorziening bij voorraad bij 'executiegeshil'; opheffing beslagen; bevelen herstel formaliteiten en kostenveroordeling; beslissen in 'deurwaarderskortgeding' op grond van proces-verbaal van de deurwaarder.
	546 jo. 518 lid 1 Rv	Beslissing bij geschil over veilingvoorwaarden, over de wijze van verkoop of over dag, uur of plaats verkoop, op verzoek van de 'meest gerede partij' of de notaris.
	546 jo. 520 lid 2 Rv	Beslissing over gezamenlijke verkoop onroerende zaken in verschillende arrondissementen.
	545 Rv	Termijn vaststellen waarbinnen hypotheekhouder tot verkoop moet overgaan, op verzoek van de beslaglegger of de hypotheekhouder.
<i>Preventie</i>	3:264 lid 5 en 6 BW jo. 549 Rv	Verlof voor het invoeren van het huurbeding bij woonruimte, op verzoek van de hypotheekhouder.
	3:267 BW	Machtiging inbeheerneming, op verzoek van de hypotheekhouder.
	3:268 lid 2 BW jo. 548 Rv	Goedkeuring koopovereenkomst bij onderhandse verkoop, op verzoek van de hypotheekhouder of -gever.

⁴⁰⁴ Zie onderdeel 4.3.3.1 en in het bijzonder tabel 4.1.

DE EXECUTORIALE VERKOOPPROCEDURE OP MICRONIVEAU

	Wetsbepaling	Inhoud
<i>Vervolg preventieve taak</i>	3:270 lid 3 BW	Goedkeuring verklaring eerste hypotheekhouder, nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken.
	3:273 BW	Verklaring tenietgaan en vervallen hypotheek-rechten, beslagen en beperkte rechten.

Tabel 5.1 De taken van de voorzieningenrechter op grond van de wettelijke regeling

Ten aanzien van zijn rol als geschilbeslechter geldt dat de verstrekkende gevolgen van de executoriale verkoop voor de diverse betrokkenen maken dat geschillen op de loer liggen. Bovendien hebben de hypotheekhouder en de notaris van de wetgever de nodige vrijheid gekregen bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure. Om benadeling van betrokkenen te voorkomen, heeft de wetgever hen diverse mogelijkheden gegeven voor hun belangen op te komen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 518 Rv:

‘Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden en voorts ook de bevoegdheid van de belanghebbenden om langs de weg van artikel 518 tegen een voorgenomen wijze van verkoop bezwaar te maken.’⁴⁰⁵

Met betrekking tot de *preventieve* taken van de voorzieningenrechter is in de parlementaire geschiedenis maar weinig toelichting gegeven op deze in wezen extra (want: naast de controle door de notaris als organisator van de verkoop) preventieve controle tijdens de executoriale verkoopprocedure. In ieder geval komt de verhouding tot de taak van de notaris bij de executoriale verkoop in de parlementaire geschiedenis voor de meeste bepalingen niet ter sprake. Dat is opmerkelijk, omdat het erop lijkt dat de wetgever het notariële toezicht onvoldoende acht. Zo bezien zou een nadere verantwoording voor deze extra controle in de procedure, en derhalve kostenverhogende en verlengende maatregel, nodig zijn. De verklaringen die *wel* in de parlementaire geschiedenis naar voren komen ten aanzien van de preventieve tussenkomst van de voorzieningenrechter zijn hieronder kort weergegeven.

Verklaringen in de parlementaire geschiedenis t.a.v. tussenkomst voorzieningenrechter

- ten aanzien van art. 3:264 BW: ‘nog een verdere bescherming’ van de huurder’ (Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 1356 (MvT));
- ten aanzien van art. 3:267 BW: aansluiting ‘bij vergelijkbare regelingen ter zake van andere beperkte rechten’ (Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (NvW), over de beide in art. 3:267 BW opgenomen vereisten voor het invoeren van het beheerbeding);
- ten aanzien van art. 3:268 lid 2 jo. 548 Rv: waarborgen van ‘de belangen van de direct daarbij betrokkenen’ (Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA), over de vereisten bij onderhandse executoriale verkoop in het algemeen);

⁴⁰⁵ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

- ten aanzien van art. 3:270 lid 3 BW: waarborgen ‘aan latere hypotheekhouders’ (Parl. Gesch. Boek 3, p. 830 (TM), ten aanzien van vereisten bij versnelde uitkering aan de eerste hypotheekhouder in het algemeen).

In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:270 BW komt de positie van de notaris overigens *wel* met zoveel woorden ter sprake. In de memorie van antwoord wordt opgemerkt dat de notaris weliswaar de koopsom ontvangt, maar dat dit niet betekent ‘dat de notaris ook belast is met de vaststelling van hetgeen aan ieder der betrokkenen uit deze koopprijs toekomt’.⁴⁰⁶ Bij de verdeling van de koopsom speelt de notaris veeleer een lijdelijke rol, zo valt uit de parlementaire geschiedenis af te leiden. Daarom is de goedkeuring van de vordering bij de versnelde uitkering voorbehouden aan de rechter, om de redenen die hiervoor zijn vermeld.⁴⁰⁷ Juist vanwege de *lijdelijke* positie van de notaris bij de ontvangst en verdeling van de koopsom is het logisch hier rechterlijke tussenkomst te eisen. Bij de voorbereiding en uitvoering van de executoriale verkoop heeft is de notaris de actieve coördinator en toezichthouder, waarbij hij ook acht dient te slaan op de belangen van anderen dan de hypotheekhouder. Een nadere toelichting bij de desondanks vereiste rechterlijke tussenkomst bij de bedingen van art. 3:264 en 3:267 BW en bij de onderhandse executoriale verkoop is dan ook gewenst. In het hiernavolgende zal daarom ook worden gezien in hoeverre preventieve rechterlijke tussenkomst in deze gevallen proportioneel en noodzakelijk is.

5.2.3 Algemene opmerkingen over de rol van de notaris bij de executoriale verkoop

Het KNB-Preadvies van 2010 zag op de notariële deontologie en kreeg als titel *De goede notaris. Over notariële deontologie*. De zorgplichten van de notaris wordt daarin beschouwd vanuit de drie traditionele rechtsgebieden van het notariaat; het familierecht, het registergoederenrecht en het ondernemingsrecht. Dit preadvies, en dan in het bijzonder de zorgplichten op het gebied van het registergoederenrecht, vormt de basis bij de bespreking van de zorgplichten van de notaris bij de executoriale verkoop. Daarbij biedt door Breedveld-de Voogd genoemde maatman-norm het uitgangspunt:

‘De zogenaamde maatman-norm geeft aan hoe iemand die de vereiste zorgvuldigheid in acht neemt in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld.’⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 832 (MvA).

⁴⁰⁷ Zie ook Vzr. Rb. Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA8802: ‘[De geëxecuteerde] betwist weliswaar de vordering van zijn broer, maar het is niet aan de notaris en overigens ook niet aan de bank of aan [de veilingkoper] om de juistheid van een vordering te beoordelen. Dat dient te geschieden door de rechter.’

⁴⁰⁸ Breedveld-de Voogd 2010, p. 66.

Aan de hand van deze maatman-norm worden hierna de rol en de zorgplichten van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure nader ingevuld.⁴⁰⁹

5.2.3.1 De beoordelingsvrijheid van de notaris

Alvorens hierop nader in te gaan, past hier nog een opmerking over de beoordelingsvrijheid bij executoriale verkoop. De notaris en de hypotheekhouder nemen gedurende de executoriale verkoopprocedure diverse beslissingen die van invloed zijn op het verloop van de procedure en veelal ook op de te behalen netto-opbrengst bij de executoriale verkoop. Vaak kan pas achteraf, derhalve *na* de executoriale verkoop, worden beoordeeld hoe de keuzes die de notaris en hypotheekhouder hebben gemaakt hebben uitgepakt.

De notaris en de hypotheekhouder die gedurende de procedure beslissingen nemen, kunnen de gevolgen van deze beslissingen echter op dat moment in veel gevallen nog niet geheel overzien. Daarbij gelden weliswaar bepaalde uitgangspunten op basis van in de wet, jurisprudentie of literatuur vastgelegde zorgplichten, maar ook hiermee zal de juiste wijze van handelen niet steeds vaststaan. Anders gezegd, deze normen bieden niet voor alle gevallen voldoende aanknopingspunten om de – achteraf bezien – juiste keuze te maken.

Gedurende de executoriale verkoopprocedure dienen echter wel keuzes gemaakt te worden. Het voorleggen van iedere beslissing aan de voorzieningenrechter is, gezien de *vrijheid* die de notaris en hypotheekhouder van de wetgever hebben gekregen bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure, dan ook niet steeds de aangewezen weg. De wetgever heeft het toezicht op en de coördinatie van de executoriale verkoopprocedure ook niet voor niets in handen gelegd van de notaris. Dit maakt het gerechtvaardigd met name de notaris een zekere mate van beoordelingsvrijheid te geven bij zijn handelen tijdens de executoriale verkoopprocedure. Deze beoordelingsvrijheid zorgt ervoor dat de notaris niet steeds kunnen worden aangesproken indien hij *op goede gronden* een beslissing heeft genomen die achteraf bezien niet de beste was.

In dit verband kan nog worden gewezen op het standpunt van Verstappen, naar aanleiding van een tweetal recente uitspraken van de hoogste tuchtrechter, interessant:⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Albers-Dingemans 2011, p. 341 e.v. kiest bij de bespreking van de rol van de notaris bij de executoriale verkoop voor eenzelfde aanpak, maar bespreekt de rol van de notaris kort en praktisch. In dit onderdeel wordt beoogd een totaalbeeld te schetsen van de rol van de notaris bij de executoriale verkoop.

⁴¹⁰ Zie voor deze uitspraken: Hof Amsterdam (tuchtr.) 16 november 2010, *LJN* BO9062; Hof Amsterdam (tuchtr.) 9 november 2010, *LJN* BO9047.

‘De notaris moet altijd zijn eigen afwegingen maken en blijft ook in alle gevallen zelf verantwoordelijk, met name voor de zorgvuldigheid van zijn optreden en de onderbouwing van de keuzes die hij bij zijn dienstverlening maakt. Dat is precies waarom het vak zo moeilijk is. Om te voorkomen dat het vak van de notaris onmogelijk wordt, moet de notaris naar mijn overtuiging daarom een zekere beoordelingsvrijheid worden toegekend in gecompliceerde zaken die gepaard gaan met onzekerheden over rechtshandelingen of de toepassing van het recht, waaromtrent meerdere standpunten verdedigbaar zijn en waarover de rechter mogelijk in de toekomst een beslissing zal nemen. Wel mag verlangd worden dat de notaris de problematiek heeft onderkend, zich heeft laten informeren en vervolgens een weloverwogen beslissing heeft genomen.’⁴¹¹

In een latere uitspraak is dit door het Hof Amsterdam ook erkend:

‘In een dergelijke situatie, waarin een notaris moet laveren tussen de Scylla van de (wellicht onterechte) ministerieverlening en de Charybdis van de (wellicht onterechte) dienstweigering, is het algemene uitgangspunt dat de notaris op grond van zijn eigen deskundigheid een gefundeerde afweging moet maken.’⁴¹²

Het hof neemt in deze uitspraak een zekere mate van beoordelingsvrijheid voor de notaris aan. Deze beoordelingsvrijheid hangt naar het oordeel van het hof af van de complexiteit van de zaak. In de casus die aan de uitspraak ten grondslag lag was de zaak volgens het hof dermate complex dat de notaris een beslissing van de voorzieningenrechter in kort geding (art. 254 e.v. Rv) had moeten vragen. Het is aan de notaris om te beoordelen of hij redelijkerwijs in staat is op basis van eigen deskundigheid een afweging te maken. Is dat niet geval dan dient de notaris aan te sturen op een *rechterlijk gebod*, in plaats van de partij die bezwaar heeft tegen de voorgenomen handeling aan te sporen tot het vragen om een *rechterlijk verbod*.⁴¹³ Hierna zal nog worden uitgewerkt dat de notaris mijns inziens bij executoriale verkoop onder omstandigheden ook kan aansturen op een *rechterlijk verbod* en dat dit oordeel van het hof dus niet geheel opgaat voor de executoriale verkoop.

Ook met de uitspraak van het Hof Amsterdam en de daarin aangenomen beoordelingsvrijheid in het achterhoofd staat de notaris dus nog voor een dilemma, namelijk bij de beslissing of sprake is van een zodanige complexiteit dat rechterlijke tussenkomst geboden is. Wel verdient, met verwijzing naar onderdeel 5.2.2.1, opmerking dat bij de executoriale verkoop specifieke vragen kunnen worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Hiermee kan tijdens de executoriale verkoopprocedure op eenvoudige en efficiënte wijze een rechterlijk

⁴¹¹ Verstappen 2011-I, p. 182.

⁴¹² Hof Amsterdam (tuchtr.) 10 mei 2011, *LJN* BQ5599. Deze uitspraak ziet, evenals een van de door Verstappen bekritiseerde uitspraken, op de ‘Yukos-affaire’. Zie daarover onder meer Lennarts 2011.

⁴¹³ Verstappen zet overigens vraagtekens bij de complexiteit van de zaak (Verstappen 2011-II, p. 599).

oordeel worden gevraagd. Dit verlaagt de drempel voor inschakeling van de rechter. Om deze reden zal hierna, bij de bespreking van diverse situaties die zich tijdens de executoriale verkoopprocedure kunnen voordoen, meermaals rechterlijke tussenkomst worden aangeraden.

5.2.3.2 Algemene opmerkingen ten aanzien van het leidende uitgangspunt: een zo hoog mogelijke netto-opbrengst

Tussen de hypotheekhouder en notaris bestaat een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).⁴¹⁴ Breedveld-de Voogd merkt hierover op dat het 'normstellend kader' bij de uitvoering van de taken van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure in de eerste plaats de wettelijke regeling is.⁴¹⁵ De notaris zal op grond hiervan niet louter mogen afgaan op hetgeen de hypotheekhouder in de opdracht voorschrijft.

Het algemene uitgangspunt voor het handelen van de notaris bij de executoriale verkoop is het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.⁴¹⁶ Het gaat hier om een algemene norm die de notaris ten behoeve van *alle* betrokken in acht moet nemen; in het bijzonder de hypotheekhouder, hypotheekgever en de belanghebbenden bij de opbrengst. De notaris heeft in verband hiermee een inspanningsverplichting, waardoor hij in beginsel kan worden aangesproken indien hij zich onvoldoende heeft ingespannen om een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen, bijvoorbeeld door een belanghebbende die hierdoor is benadeeld.⁴¹⁷ Was sprake van een resultaatsverbintenis dan zou reeds een aanspraak kunnen bestaan als het resultaat (een zo hoog mogelijke netto-opbrengst) niet behaald zou zijn. Dat gaat bepaald te ver. Dat het hier gaat om een inspanningsverplichting zou ook uit de memorie van toelichting kunnen worden afgeleid:

⁴¹⁴ Breedveld-de Voogd 2011; Gräler 2004, p. 7. Van Mierlo (Van Mierlo, *GS Burgerlijke rechtsvordering* 2002, art. 514 Rv, aant. 3) stelt dat sprake is van lastgeving (art. 7:414 BW), maar Breedveld-de Voogd stelt terecht dat de taak van de notaris bij de executoriale verkoop meer omvattend is dan het enkele verrichten van een rechtshandeling.

⁴¹⁵ Breedveld-de Voogd 2011.

⁴¹⁶ Zie ook Gräler 2004, p. 3 en 5. Zie ook: Rb. Zwolle-Lelystad 3 juni 2009, *LJN* BK8018. Vgl. KvT Almelo 17 februari 2004 (de notaris dient zich in te spannen om een te lage opbrengst te voorkomen), te kennen uit: Hof Amsterdam (tuchtr.) 19 mei 2005, *LJN* AT6378; Hof Amsterdam (tuchtr.) 18 december 1997, *WPNR* (6314) 1998, p. 322-323. Vgl. ook Robbers 2004 n.a.v. Hof Arnhem 3 februari 2004, *LJN* AO5923.

⁴¹⁷ Zie ook Gräler 2004, p. 5: 'Het enige criterium voor de vraag of hij zijn werk goed doet is de hoogte van de opbrengst. Zijn inspanningen moeten gericht zijn op het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst.' Vgl. Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 537. Zie echter onderdeel 5.2.3.1 over de beoordelingsvrijheid van de notaris.

‘Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden.’⁴¹⁸

Hier wordt immers gesproken over een zodanig organisatie van de executoriale verkoop dat een zo hoog mogelijke opbrengst *verwacht* mag worden; en niet dat een zo hoog mogelijke netto-opbrengst wordt behaald.

Bij het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst heeft de notaris een *eigen verantwoordelijkheid*. Dat blijkt niet alleen uit de hiervoor geciteerde memorie van toelichting, maar ook uit de wettelijke regeling. De taak tot het vaststellen van de veilingvoorwaarden wordt bijvoorbeeld in art. 517 lid 1 Rv bij de notaris gelegd, waarbij hij wel moet overleggen met de hypotheekhouder. De eindverantwoordelijkheid hiervoor ligt echter bij de notaris. Hierna zullen de zorgplichten van de notaris bij de voorbereiding van de executoriale verkoop nog uitgebreider worden besproken.

Voor dit onderdeel wordt opgemerkt dat de notaris niet alleen bij de voorbereiding van de executoriale verkoop, maar ook tijdens de executoriale verkoop zelf een belangrijke taak heeft. Bij de *openbare* executoriale verkoop (art. 519 Rv) houdt de notaris toezicht op het biedproces. Zoals in onderdeel 2.4.2.1 is uitgewerkt berust de controle op het openbaar toegankelijke biedproces in de eerste plaats bij de notaris. Hij moet erop toezien dat het biedproces eerlijk verloopt en een ieder in beginsel een gelijke kans heeft om een bod uit te brengen. Op deze wijze wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. De regiefunctie van de notaris maakt ook dat hij gehouden is in te grijpen, indien sprake is van onregelmatigheden of wanordelijkheden tijdens het biedproces. Deze gebeurtenissen kunnen immers de opbrengst nadelig beïnvloeden. In art. 2 lid 4 AVVE 2006/AVEA 2001 is hiertoe voor de notaris een bevoegdheid opgenomen:

‘De notaris heeft de bevoegdheid tijdens de zitting, ook zonder opgave van redenen:

- een bod niet als zodanig te erkennen;
- een of meer gegadigden van de veiling uit te sluiten;
- bij de inzet de veiling te hervatten bij het voorlaatste bod, opnieuw tot afslag over te gaan, de veiling af te gelasten of te onderbreken;
- andere, naar zijn oordeel noodzakelijke, maatregelen te treffen.’

Daarnaast zal de notaris ook op andere wijze moeten ingrijpen bij misstanden. Uit de in hoofdstuk 3 besproken onderzoeken werd duidelijk dat de executoriale verkoop vatbaar is voor samenspanning en intimidatie. Ook hier ligt een taak voor de notaris. Op het moment dat de opbrengst tijdens het biedproces in

⁴¹⁸ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

gevaar komt, zal de notaris moeten ingrijpen. Dat kan ook tijdens het biedproces op de openbare veiling aan de orde zijn.

Een andere zorgplicht van de notaris tijdens het biedproces volgt uit een uitspraak van de Rechtbank Zwolle.⁴¹⁹ Daarin heeft de rechter uitgemaakt dat de notaris ook verantwoordelijk is voor het vaststellen van het bedrag waarop de afslager de afmijning start. In de casus die aan het vonnis ten grondslag ligt was de notaris de afmijning gestart op een ogenschijnlijk te laag bedrag, nu bij het afroepen van het eerste bedrag (€300.000,-) direct werd afgemijnd. Naar het oordeel van de rechter had de notaris de afmijning in ieder geval moeten starten op het bedrag van het hoogste binnengekomen onderhandse bod (€345.000,-). Nu de notaris is strijd had gehandeld met zijn zorgplicht te streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst, had de notaris jegens de hypotheekhouder een onrechtmatige daad begaan.

Een andere indicatie voor het startbedrag van de afmijning biedt het totaalbedrag van de vorderingen van belanghebbenden. Door op dit bedrag de afmijning te starten, wordt voorkomen dat schade ontstaat voor deze belanghebbenden. Die schade zou kunnen ontstaan als er bidders zijn die voor dat totaalbedrag (althans een bedrag hoger dan het startbedrag van de afmijning) zouden willen afmijnen, maar de afmijning op een lager bedrag start.

De zorgplicht te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst strekt zich ook uit tot het opstellen van het proces-verbaal van toewijzing, zo kan worden geconcludeerd naar aanleiding van een uitspraak van het Hof Arnhem.⁴²⁰ In dit arrest oordeelde het hof dat de hypotheekhouder die niet gunde aan de hoogste bieder op de veiling misbruik van recht pleegde. Robbers merkt hierover op:

‘Gunning in de veiling aan de hoogst biedende is hoofdregel. Indien de notaris wordt verzocht een proces-verbaal op te maken waarbij aan een ander dan de hoogst biedende zal worden gegund dient hij hieraan alleen zijn medewerking te verlenen indien daartoe bijzondere omstandigheden aanwezig zijn en deze (in een procedure) aannemelijk zijn geworden.’⁴²¹

Ook bij het biedproces van de *onderhandse* executoriale verkoop is voor de notaris een regiefunctie weggelegd. Op grond van art. 547 lid 2 Rv moeten de biedingen aan de notaris worden gericht. Voorts is hij op grond van art. 548 lid 2 Rv gehouden de bij hem binnengekomen biedingen, dan wel een verklaring dat geen biedingen zijn binnengekomen aan de voorzieningenrechter te overleggen bij het verzoek dat de verkoop onderhands zal geschieden. Op deze wijze hebben zowel de notaris als de voorzieningenrechter zicht op de biedingen die

⁴¹⁹ Rb. Zwolle-Lelystad 3 juni 2009, *LJN* BK8018.

⁴²⁰ Hof Arnhem 3 februari 2004, *LJN* AO5923.

⁴²¹ Robbers 2004, p. 24.

binnenkomen en wordt zo veel mogelijk voorkomen dat de hypotheekhouder of hypotheekgever⁴²² het goed voor een te laag bedrag verkoopt. Deze regeling doet recht aan de hoofddoel van de executoriale verkoop.

Om deze reden zal de voorzieningenrechter een verzoek tot goedkeuring van een overeenkomst op basis van biedingen die buiten de notaris om bij de hypotheekhouder of hypotheekgever zijn binnengekomen niet mogen accepteren.⁴²³ Een zodanig verzoek zal niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Uit art. 3:268 lid 4 BW volgt bovendien dat de formaliteiten van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in acht moeten worden genomen, wil sprake zijn van een *executoriale* verkoop. Deze bepaling maakt het onmogelijk buiten de notaris om te handelen bij onderhandse executoriale verkoop, althans kan leiden tot nietigheid van de executoriale verkoop, zoals verder zal worden besproken in onderdeel 5.4.

5.2.3.3 De rol van de voorzieningenrechter bij de onderhandse executoriale verkoopprocedure

Gezien de bovenstaande analyse verdient de rol van de voorzieningenrechter bij de onderhandse executoriale nog nadere aandacht. Zoals in onderdeel 5.2.2.1 reeds is opgemerkt is voor de in wezen *extra* preventieve taak geen nadere verklaring gegeven. Dit is met name opvallend in het licht van de parlementaire geschiedenis, waaruit volgt dat vanwege de wens van een efficiëntere en effectievere procedure de rechterlijke tussenkomst bij de executoriale verkoop grotendeels is vervangen door notariële tussenkomst. Het zou dan ook voor de hand liggen de toezichthoudende rol van de voorzieningenrechter bij de onderhandse executoriale verkoop nader te verklaren. In dit onderdeel wordt een aantal mogelijke verklaringen uitgewerkt.

In onderdeel 4.4.1.3 is aan de hand van literatuur besproken dat deze rol kan samenhangen met het besloten karakter van deze verkoop. Het is echter de vraag

⁴²² Op het eerste oog lijkt de verkoop door de hypotheekgever voor een te laag bedrag ondenkbaar; het is immers juist in zijn belang dat een zo hoog mogelijke opbrengst wordt behaald en ofwel zijn schuld aan de hypotheekhouder (en andere belanghebbenden) zo veel mogelijk wordt afgelost, ofwel een zo hoog mogelijke opbrengst voor hem resteert. Dat de hypotheekgever in de praktijk niet altijd naar dit belang handelt, blijkt bij o.m. Van Heeswijk 2005, p. 54 e.v.

⁴²³ Zie ook V.zr. Rb. 's-Gravenhage 17 februari 2012, zaaknr. 402424 (niet gepubl.), (verzoek tot onderhandse verkoop wordt afgewezen omdat niet is voldaan aan formaliteiten art. 547 lid 2 Rv). Vgl. Rb. Roermond 17 augustus 2005, *LJN* AU1730: 'Een aspirant-koper dient zich namelijk, conform ook de inhoud van de in deze zaak geplaatste advertentie, met een bod tot de aangewezen notaris te wenden.' De rechtbank oordeelt hier echter ten onrechte dat het voor de hypotheekgever niet mogelijk is om, nadat de executoriale verkoopprocedure is aangevangen, een 'perfecte koopovereenkomst [te] sluiten'. Zie onderdeel 6.3.2.

of dit een afdoende verklaring biedt. Zoals in onderdeel 2.4.2.1 is betoogd ziet de term *openbaarheid* bij executoriale verkoop op de mogelijkheid voor een ieder om deel te nemen aan het biedproces, zodat schijnhandelingen voorkomen worden. Anders dan in de literatuur wel wordt gesteld, heeft openbaarheid dus niet te maken met controle op het biedproces door de bidders. Deze controle ligt immers in handen van de notaris die toeziet op een eerlijk verloop en (in beginsel) verkoop aan de meestbiedende gegadigde. De wetgever had zo gezien de controle ook volledig in handen van de notaris kunnen leggen, door te bepalen dat de koopovereenkomst door de ‘veilingnotaris’ moet worden opgesteld. De notaris kan dan op gelijke wijze als bij openbare verkoop controleren of het biedproces en de toewijzing eerlijk is verlopen. Het ‘besloten karakter’ van de verkoop biedt mijns inziens dan ook onvoldoende verklaring voor de extra controle.

Een andere verklaring voor de tussenkomst van de voorzieningenrechter kan zijn de wens van de wetgever dat bij onderhandse executoriale verkoop geïndividualiseerde koopovereenkomsten tot stand komen, zoals besproken in onderdeel 4.4.2.2.⁴²⁴ De voorzieningenrechter heeft dan de taak de verschillende overeenkomsten met elkaar te vergelijken. Het is echter, zoals in onderdeel 4.4.2.2 reeds besproken, de vraag in hoeverre de voorzieningenrechter de verschillende koopovereenkomsten kan vergelijken om het meest gunstige bod te honoreren. Bovendien is de ervaring in de praktijk dat de hypotheekhouder werkt met de standaard veilingvoorwaarden, voorwaarden derhalve die voor iedere bidder gelijk zijn, zodat aan de wens van de wetgever in de praktijk nauwelijks gehoor wordt gegeven. Het belangrijkste argument *tegen* geïndividualiseerde koopovereenkomsten is echter het belang van informatievoorziening. Dit belang vergt tevoren vaststaande voorwaarden op grond waarvan de bidder een reëel bod kan uitbrengen, temeer nu de bidder aan zijn bod gehouden wordt op grond van art. 4 AVVE 2006. Nu de wens van geïndividualiseerde koopovereenkomsten in dit opzicht geen recht doet aan de uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure, voegt de extra controle door de voorzieningenrechter in de praktijk derhalve weinig toe.

Een derde verklaring zou kunnen zijn dat de belanghebbenden invloed hebben op het biedproces bij onderhandse executoriale verkoop. Op grond van art. 548 lid 3 Rv wordt aan de belanghebbenden door de griffier van de rechtbank meegedeeld dat een verzoek tot goedkeuring van een koopovereenkomst is gedaan en dat zij op hun verzoek kunnen worden gehoord. Bovendien hebben zij op grond van art. 3:268 lid 2, tweede zin BW tot het einde van de zitting de

⁴²⁴ Zie ook Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 73.

mogelijkheid een gunstiger bod voor te leggen.⁴²⁵ Een zodanig actieve rol is aan deze belanghebbenden bij de *openbare* executoriale verkoop niet expliciet in de wet toegekend, zij het dat zij bij deze verkoop uiteraard wel (impliciet) de mogelijkheid hebben een bod in te dienen.

Voor de actieve rol van de belanghebbenden bij onderhandse executoriale verkoop is bewust gekozen, zo blijkt uit de memorie van antwoord bij art. 3:268 lid 2 BW.⁴²⁶ Hier wordt opgemerkt dat zij zich weliswaar niet kunnen verzetten tegen openbare verkoop indien de hypotheekhouder of -gever geen verzoek indient, maar dat zij indien de hypotheekhouder of -gever een verzoek indient zij *wel* een gunstiger aanbod kunnen indienen. Als het aanbod inderdaad gunstiger is dan zal de voorzieningenrechter de overeenkomst gebaseerd op dit bod moeten goedkeuren.⁴²⁷ Ook bij deze verklaring voor rechterlijke tussenkomst kunnen vraagtekens worden gezet. De notaris zou, zodra de periode van het doen van onderhandse biedingen is afgelopen, de belanghebbenden kunnen inlichten en hen oproepen een hoger bod in te dienen.

Het bovenstaande maakt de vraag naar de verklaring voor rechterlijke tussenkomst bij de onderhandse executoriale verkoop te meer gerechtvaardigd. Van Velten heeft in 1986 reeds vraagtekens gezet bij de vele formaliteiten die met de onderhandse executoriale verkoop gepaard gaat. De suggestie die Van Velten destijds deed ter vereenvoudiging van de procedure is de volgende:

‘Wellicht verdient het aanbeveling, ter besparing van deze kosten, de gehele procedure wat lichter te maken, bij voorbeeld door toe te staan dat voldoende is de mededeling door een notaris aan de president, inhoudende de ontvangst door eerstgenoemde van een opdracht tot veiling afkomstig van de (eerste) hypotheekhouder.’⁴²⁸

Ik vraag mij af of deze optie de meest voor de hand liggende is. Gezien het bovenstaande zal een actievere toezichthoudende rol voor de notaris meer aangewezen zijn. De notaris ziet dan toe op de binnengekomen biedingen, stelt de koopovereenkomst tussen de hypotheekhouder en de (in beginsel) hoogste bieder op en verzorgt de overdracht en formaliteiten rondom de koopprijs. De waarborg voor de belanghebbenden is dan gelegen in het toezicht van de notaris op het contracteren met de meestbiedende gegadigde, zoals de notaris ook bij de openbare executoriale verkoop doet. De *preventieve* controle door de rechter wordt dan vervangen door een *geschilbeslechtende* rol van de rechter.⁴²⁹

⁴²⁵ Zie ook onderdeel 4.4.1.4.

⁴²⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824-825 (MvA).

⁴²⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 825 (MvA).

⁴²⁸ Van Velten 1986, p. 91-92.

⁴²⁹ Zie onderdeel 5.2.2.1.

Eventueel zal deze procedure, gelijk een openbare verkoop bij inschrijving, zó kunnen plaatsvinden dat de biedingen bekend worden gemaakt op een openbare zitting.⁴³⁰ Door de onderhandse executoriale verkoopprocedure geheel onder de regie van de notaris te doen plaatsvinden wordt beoogd een efficiëntere en effectievere procedure te ontwerpen.

Omdat de huidige onderhandse executoriale verkoopprocedure nog plaatsvindt mét tussenkomst van de voorzieningenrechter, wordt in het hierna volgende uitgegaan van de huidige procedure van art. 3:268 lid 2 BW. In hoofdstuk 8 zal nog wel worden ingegaan op het hiervoor geopperde alternatief.

5.2.4 Zorgplichten op grond van de pijler van rechtsbescherming

In dit onderdeel en het volgende wordt de rol van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure besproken vanuit de in onderdeel 5.2.1.1 vermelde pijlers van notariële tussenkomst bij rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen. Deze pijlers zien op de positie van de notaris ten aanzien van *partijen* bij de akte. Bij de executoriale verkoop is echter sprake van een aantal bijzonderheden ten opzichte van de reguliere verkoop. Het bijzondere karakter van de executoriale verkoop zorgt ervoor dat de zorgplichten die uit de pijlers voortvloeien daarom niet zonder meer kunnen worden toegepast worden bij deze verkoop. Hierna wordt dan ook in zoverre gebruik gemaakt van deze pijlers, in die zin dat zij de algemene aanknopingspunten vormen voor de bespreking.

In dit onderdeel worden allereerst de zorgplichten van de notaris besproken die voortvloeien uit de pijler van rechtsbescherming. Hierbij draait het om de vraag in hoeverre de notaris bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure rekening moet houden met de belangen van de *hypotheekgever* (onderdeel 5.2.4.1) en de *overige betrokkenen* (onderdeel 5.2.4.2).

5.2.4.1 De belangen van de hypotheekgever en de zorgplichten van de notaris

Zoals in onderdeel 4.3.1 besproken brengt de executoriale verkoopprocedure verstreckende gevolgen mee voor de hypotheekgever. Bovendien is de hypotheekhouder reeds bij een enkel verzuim van de hypotheekgever bevoegd tot de executoriale verkoop (art. 3:268 lid 1 BW). Hierdoor kan de hypotheekhouder in principe relatief snel overgaan tot verkoop en zo deze verstreckende gevolgen voor de hypotheekgever in het leven roepen. Deze aspecten zijn niet alleen van belang voor de invulling van de zorgplicht van de hypotheekhouder, maar ook voor de invulling van de zorgplicht van de notaris, zo zal hier worden uitgewerkt.

⁴³⁰ Vgl. Ferwerda e.a. 2007, p. 164.

1. Contact met de hypotheekgever

Op grond van de wettelijke regeling neemt de notaris tijdens de executoriale verkoopprocedure een aantal keer contact op met de hypotheekgever. Deze wettelijke contactmomenten zijn beperkt tot het sturen van een aantal brieven met informatie over de verschillende aspecten van de procedure, zoals de datum, het tijdstip en de plaats van de verkoop (art. 546 jo. 515 lid 2 Rv) en de veilingvoorwaarden (art. 546 jo. 517 lid 1 Rv).⁴³¹

De rechtsbeschermende positie van de notaris brengt mijns inziens echter een verdergaande verantwoordelijkheid mee dan de wettelijke regeling doet vermoeden. Op grond van de hiervoor besproken toezichthoudende taak dient de notaris in de eerste plaats te onderzoeken of de hypotheekgever daadwerkelijk in verzuim is.⁴³² De notaris is hier immers een vervanging van de rechter, die normaal gesproken toetst of een schuldeiser bevoegd is om tot executoriale verkoop over te gaan. Als inderdaad sprake is van verzuim, dient hij te onderzoeken of alle mogelijkheden ter voorkoming van de executie zijn bekeken en waar mogelijk benut.⁴³³

Een goede communicatie tussen hypotheekhouder en notaris is hierbij van belang. De hypotheekhouder dient de notaris volledig in te lichten over de reden voor de executoriale verkoop, zodat de notaris kan controleren of daadwerkelijk sprake is van verzuim aan de zijde van de hypotheekgever.⁴³⁴ Daarnaast dient de hypotheekhouder de notaris te informeren over de pogingen die hij reeds heeft ondernomen om in contact te komen met de hypotheekgever en de stappen die zijn gezet teneinde de executoriale verkoop te voorkomen. Afhankelijk daarvan moet de notaris bezien *of* en *welke* inspanningen hij nog moet verrichten om de executoriale verkoop te voorkomen.

Op basis van de eerste informatie van de hypotheekhouder zal de notaris een inschatting moeten maken van zijn werkzaamheden voor de executoriale verkoop, waaronder de inspanningen om deze te voorkomen. Dit zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval; een executoriale verkoop die is opgestart vanwege hypotheekfraude door de hypotheekgever zal van de notaris minder inspanningen vragen ter voorkoming van de executoriale verkoop dan een executoriale verkoop die is opgestart vanwege een achterstand in de betalingen. Dit zal in onderdeel 5.3.1 verder worden uitgewerkt.

De notaris heeft in mijn ogen derhalve, ook gezien de in onderdeel 5.2.2 besproken wetgevingsgeschiedenis op dit punt, een taak te voorkomen dat de

⁴³¹ Zie voorts art. 546 jo. 523 Rv (mededeling verkoop), art. 547 lid 3 Rv (doorgeven binnengekomen biedingen bij onderhandse executoriale verkoop). Zie voorts tabel 4.1.

⁴³² Albers-Dingemans 2011, p. 341.

⁴³³ Heuff 1988, p. 105. Vgl. Albers-Dingemans 2011, p. 341-342.

⁴³⁴ Albers-Dingemans 2011, p. 341.

hypotheekhouder onnodig van zijn bevoegdheid gebruik maakt. Albers-Dingemans stelt echter:

‘Ligt er behalve deze formele taken ook een meer sociaal gerichte taak voor de notaris oftewel moet hij actief zijn bij het vinden van een oplossing voor de debiteur teneinde de executie te voorkomen? Blijkens de enquête die ik in 1998 heb gehouden onder het notariaat gaf bijna 80% van de ondervraagden een positief antwoord op deze vraag. Vaak voorkwam de tussenkomst van de notaris de uiteindelijke executie. Als deze vraag nu zou worden voorgelegd aan het notariaat, verwacht ik een veel lager percentage. De tijden zijn veranderd. Zie ook W.D. Kolkman in het KNB Preadvies 2010, p. 131 die in het kader van de boedelafwikkeling opmerkt dat het sociale aspect – in de betekenis van maatschappelijke hulp betonend – sinds 1999 in de verdrukking is gekomen. Daarnaast is een aantal van de grote professionele financiers de laatste twee jaar zelf proactief geworden en wordt getracht een pand weg te houden uit het executietraject, bij voorbeeld door langer uitstel van betaling te verlenen en meer gebruik te maken van een volmacht tot verkoop.’⁴³⁵

Wat er ook zij van de ontwikkelingen die Albers-Dingemans hier schetst, de tussenkomst van de notaris is bij executoriale verkoop dwingendrechtelijk voorgeschreven – en niet voor niets. Het ontbreken van onafhankelijke toetsing door de rechter van de bevoegdheid tot executoriale verkoop, maakt dat hier juist een taak ligt voor de notaris. Hierbij past ook contact met de hypotheekgever.

Van de notaris mag op dit punt een *actieve houding* mag worden verwacht om contact te krijgen met de hypotheekgever. Naast het bespreken van de eventuele mogelijkheden die nog resten om de (executoriale) verkoop te voorkomen, dient dit contact ook om te onderzoeken in hoeverre de hypotheekgever bereid is zijn medewerking aan de executoriale verkoop te verlenen, het belang van die medewerking duidelijk te maken en hem voor te lichten over het verloop van de procedure. Hierbij past ook een voorlichtende taak met het oog op de huisvestingsproblematiek die voor de hypotheekgever kan ontstaan bij executoriale verkoop.⁴³⁶

Deze zorgplichten zijn niet alleen gerechtvaardigd vanwege de toezichthoudende taak van de notaris bij de executoriale verkoop, maar ook omdat het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure ermee gediend is dat de notaris zich jegens de hypotheekgever actief opstelt. Indien immers executoriale verkoop onvermijdelijk is, maar de hypotheekgever (na voorlichting van het belang daarvan door de notaris) wel medewerking verleent aan deze verkoop zal dit het verkoopresultaat veelal ten goede komen.⁴³⁷ De hypotheekgever kan aan

⁴³⁵ Albers-Dingemans 2011, p. 341-342.

⁴³⁶ Heuff 1988, p. 105.

⁴³⁷ Zie onderdeel 4.4.2 over het belang van informatie tijdens de procedure en medewerking van de hypotheekgever.

de notaris en hypotheekhouder of direct aan de potentiële bidders de informatie verstrekken die nodig is voor het uitbrengen van een reëel bod, hij kan bezichtiging van de woning mogelijk maken, zodat het voor geïnteresseerden mogelijk is de woning vóór aankoop te inspecteren, alsmede taxatie mogelijk maken en tijdig de woning verlaten, zodat de koper niet tot ontruiming ex art. 525 lid 3 Rv met de daaraan verbonden kosten (dan wel, voor de niet-geëxecuteerden, via art. 555 e.v. Rv) hoeft over te gaan. Vanwege dit laatste aspect is ook het wijzen op instanties die kunnen helpen bij huisvesting aangewezen.

Het is echter geenszins ondenkbaar dat met de hypotheekgever geen contact te krijgen is. Een voorbeeld daarvan is te vinden in een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 1994.⁴³⁸ De casus, voor zover deze uit de uitspraak is af te leiden, was als volgt. In de voorbereiding van de veiling was de woning gemeubileerd en zag er bewoonbaar uit, maar de hypotheekgever was niet aanwezig in de woning en onbereikbaar voor de notaris. Bovendien bleek niet dat zij op de hoogte was van de voorgenomen veiling. Waar de kamer van toezicht oordeelde dat de notaris contact had kunnen opnemen met de politie, burens en familieleden, oordeelt het Hof Amsterdam:

‘De notaris handelde volgens de normale gebruiken en er waren geen bijzondere omstandigheden die tot verdergaande maatregelen noopten. Gezien de inspanningen die een andere notaris, de bank en de gemeente zich reeds hadden getroost, hoefde de notaris niet meer te doen dan hij heeft gedaan. De omstandigheden maakten het aannemelijk dat de debitrice zich opzettelijk onbereikbaar hield.’

Een algemeen uitgangspunt biedt deze uitspraak echter niet. Het zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval in hoeverre de notaris zich moet inspannen de hypotheekgever te bereiken. Onder omstandigheden zal contact met politie, burens en familieleden *wel* de aangewezen weg aangewezen zijn. Sterker nog, dit zal veelal uit zijn zorgplicht en de hiervoor vermelde aspecten

⁴³⁸ Hof Amsterdam (tuchtr.) 24 september 1992, *JBN* 1993, 25. Zie ook Hof Amsterdam (tuchtr.) 8 juni 2010, *LJN* BM7664. Van deze laatste uitspraak is r.o. 4.4 van KvT Middelburg van 31 mei 2007, waar het hof zich bij aansluit, van belang: ‘De klacht komt erop neer dat de notaris ten onrechte heeft meegewerkt aan de verkoop van het betreffende pand. Gelet op het verweer van de notaris, dat door klager ter zitting niet is weersproken, is de Kamer van oordeel dat de notaris al het mogelijke heeft gedaan dat binnen zijn bereik lag om de B.V. op de hoogte te brengen van de voorgenomen executoriale verkoop en overigens bij de afhandeling daarvan evenmin onzorgvuldig heeft gehandeld. De notaris heeft aan drie verschillende adressen brieven gericht, die hij zowel aangetekend als per gewone post heeft verzonden. Zoals de notaris stelt heeft kennelijk in ieder geval één van deze brieven klager bereikt. Gesteld noch gebleken is dat dit niet tijdig is gebeurd. In de omstandigheden van het geval had het op de weg van klager gelegen eerder contact op te nemen met de notaris.’

van het belang van contact met de hypotheekgever voortvloeien, in verband met het belang van een goede voorbereiding van de executoriale verkoop.

2. Dienstweigering bij (mogelijk(e)) onrechtmatige daad of misbruik van bevoegdheid?

Stel dat uit het contact met de hypotheekgever of uit andere omstandigheden voorafgaande aan de executoriale verkoop blijkt dat de opgestarte executoriale verkoop in de ogen van de hypotheekgever onredelijk of onrechtmatig is ten opzichte van de hypotheekgever. Voorbeelden van deze onredelijkheid of onrechtmatigheid worden in onderdeel 5.3.1 besproken, maar voor dit onderdeel is interessant alvast na te gaan wat de taak van de notaris in dergelijke gevallen is. Daarbij is van belang dat het misbruik of de onrechtmatigheid van de executoriale verkoop veelal niet zonder meer vaststaat en dat de beslissing daaromtrent in beginsel zal moeten worden overgelaten aan de rechter.

De zorgplicht van de notaris strekt in dergelijke gevallen dan ook niet zover dat hij in deze omstandigheden zonder meer dienst moet weigeren. Sterker nog, van de notaris wordt op dit punt niet eenzelfde zorgplicht verwacht als van de hypotheekhouder die de executoriale verkoop heeft opgestart. Dit heeft ook de Kamer van Toezicht Almelo uitgemaakt, welk oordeel in hoger beroep wordt bekrachtigd:

‘Klager wijst op het akkoord dat hij heeft bereikt met verschillende crediteuren. Ook zou een niet gedwongen verkoop voor beide partijen beter zijn en in ieder geval zou het belang van klager zwaarder mogen wegen nu dit niet nadelig voor de bank was geweest. Klager miskent hiermee echter dat van de notaris niet die afweging kan worden gevraagd die klager in feite van de executerende partij vraagt. De toets voor de notaris is een andere dan het beroep op de redelijkheid van de bank.’⁴³⁹

De notaris hoeft de executoriale verkoopprocedure dan ook niet zonder meer te staken indien de hypotheekgever aan hem meedeelt dat de gehele achterstand betaald wordt, er een regeling is getroffen met de andere schuldeisers dan wel vrijwillige onderhandse verkoop op korte termijn aannemelijk is.⁴⁴⁰

Daarbij moet worden aangetekend dat de notaris de hypotheekhouder er in voorkomende gevallen wel op dient te wijzen dat de hypotheekgever zich jegens hem heeft beroepen op onrechtmatigheid of misbruik van bevoegdheid en dat doorgaan met de executoriale verkoop kan leiden tot rechterlijke procedure op grond van een onrechtmatige daad dan wel vanwege misbruik van bevoegdheid.

⁴³⁹ KvT Almelo 17 februari 2004, te kennen uit: Hof Amsterdam (tuchtr.) 19 mei 2005, LJN AT6378. Het hof verwerpt overigens ook het beroep van klager (hypotheekgever).

⁴⁴⁰ Zie ook V.zr. Rb. Almelo 5 juni 2009 *Notamail* 2009/136 (niet gepubl.).

Daarnaast kan hij de hypotheekgever wijzen op de mogelijkheden een executiegeschil aanhangig te maken ex art. 438 Rv (veelal een kortgeding-procedure) of een bodemprocedure te starten.⁴⁴¹ Hiermee stelt hij de hypotheekgever in staat zelf op te komen voor zijn belangen.

Ook Albers-Dingemans en Holtman (ten aanzien van een executoriale verkoop door een beslaglegger) zijn de mening toegedaan dat de notaris in beginsel zijn werkzaamheden niet behoeft op te schorten in geval van *mogelijk* misbruik van bevoegdheid of mogelijke onrechtmatigheid.⁴⁴² Holtman betoogt daarbij dat de notaris zijn werkzaamheden pas zou moeten staken zodra de hypotheekgever daadwerkelijk een civiele procedure is gestart. Ook het aanhangig maken van hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging (art. 350 lid 1 Rv). Indien de hypotheekgever echter een executiegeschil in de zin van art. 438 lid 2 Rv start volgt al uit de bepaling zelf dat schorsing zonder meer niet op zijn plaats is: *desgevorderd* kan de voorzieningenrechter de executoriale verkoop schorsen.⁴⁴³ Dit volgt ook uit het arrest Ritzen/Hoekstra, waaruit een *algemeen uitgangspunt* ten aanzien van de schorsing van de tenuitvoerlegging van een *ontruimings*-vonnis is af te leiden.⁴⁴⁴ De overwegingen in dit arrest kunnen in mijn ogen ook bij een executiegeschil over de executoriale verkoop worden toegepast en zijn daarom het vermelden waard:

‘In een dergelijk executiegeschil met betrekking tot een ontruimingsvonnis kan de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van dat vonnis bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.’

Ook op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat de notaris de executoriale verkoop zal kunnen voortzetten tot het moment waarop de voorzieningenrechter de schorsing van de executie uitspreekt dan wel beslist over het hem voor-

⁴⁴¹ In beginsel staat het executiegeschil niet open voor een inhoudelijke beoordeling, met uitzondering van inhoudelijke bezwaren die leiden tot een oordeel dat sprake is van misbruik van bevoegdheid, zie Gieske, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2012, art. 438 Rv, aant. 2 onder b.

⁴⁴² Albers-Dingemans 2011, p. 342; Holtman 1999.

⁴⁴³ Zie voor een voorbeeld V.zr. Rb. Groningen 1 april 2005, *LJN* AT3186 (reële mogelijkheid dat geëxecuteerde binnen afzienbare tijd schulden kan aflossen: openbare executoriale verkoop wordt geschorst voor een maand).

⁴⁴⁴ Hoge Raad 22 april 1983, *NJ* 1984, 145 m.nt. W.H. Heemskerk (Ritzen/Hoekstra). Zie hierover ook onderdeel 5.3.1.2, onder 2.

gelegde executiegeschil. De hypotheekhouder executeert op basis van een hypotheekrecht, neergelegd in een notariële akte die tussen partijen dwingend bewijs oplevert (art. 157 Rv).⁴⁴⁵ De notaris dient de hypotheekhouder er echter wel op te wijzen dat doorgaan met de executoriale verkoop (achteraf bezien) onnodig gemaakte kosten met zich kan brengen. In overleg kan dan worden bezien of de executoriale verkoop tijdelijk gestaakt kan worden, in afwachting van een rechterlijke uitspraak.⁴⁴⁶

In verband met het bovenstaande is nog een uitspraak van de hoogste tuchtrechter uit 2007 van belang.⁴⁴⁷ De casus die ten grondslag ligt aan deze uitspraak is de volgende.⁴⁴⁸ De tweede hypotheekhouder gaat over tot executoriale verkoop van een goed dat toebehoort aan een failliet verklaarde hypotheekgever. De curator in het faillissement meent dat het hypotheekrecht nietig is en start een executiegeschil. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de curator tot doorhaling van de hypotheek en staking van de executoriale verkoop af.

De tuchtrechter is echter van oordeel dat de notaris zijn executiewerkzaamheden had moeten staken. De curator had de notaris gemeld dat hij de nietigheid had ingeroepen van het hypotheekrecht. Hierdoor was, zo overweegt het hof, ‘de notaris gewaarschuwd dat er, op zijn minst genomen, twijfels bestonden over de geldigheid van het hypotheekrecht’. Of deze waarschuwing voldoende is om de executoriale verkoop te staken blijkt echter niet uit de uitspraak, nu het hof voorts overweegt dat er ook een termijn was gesteld ex art. 58 Fw waarbinnen moest worden verkocht, terwijl om verlenging van die termijn was verzocht. Op grond van dit alles had de notaris, aldus het hof, ‘zijn executiewerkzaamheden onverwijld dienen op te schorten totdat door middel van rechterlijke tussenkomst zekerheid was verkregen over de rechtmatigheid van (de voortgang van) de executie’. Albers-Dingemans stelt dat, nu de curator de nietigheid van het hypotheekrecht had ingeroepen, ‘een verstandig notaris’ de executoriale verkoop had moeten staken: ‘ten eerste omdat een executie niet kan plaatsvinden als de executant beschikkingsonbevoegd is en ten tweede omdat een executie kostbaar is door alle bijkomende kosten van advertenties, zaalhuur etc. Bij uitstel of afstal van de executie zijn dit onnodige kosten die bovendien voor rekening van de geëxecuteerde zullen komen’.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Vgl. Holtman 1999.

⁴⁴⁶ Zie echter wel Holtman 1999 over het tijdelijke karakter van een voorlopige voorziening.

⁴⁴⁷ Hof Amsterdam (tuchtr.) 13 december 2007, *LJN* BC2012.

⁴⁴⁸ Zie voor de volledige beschrijving van deze casus Albers-Dingemans 2007, p. 588-589 (naar aanleiding van de civiele uitspraak V zr. Rb. Arnhem 23 juni 2006, *JOR* 2006, 253).

⁴⁴⁹ Albers-Dingemans 2007, p. 589.

Hier wordt echter uit het oog verloren dat de beslissing over het al of niet doorzetten van de executoriale verkoop in beginsel niet aan de notaris, maar aan de hypotheekhouder – en uiteindelijk ter beslissing van de rechter – is, zoals hierboven uitgewerkt.⁴⁵⁰ Niet bij ieder beroep op nietigheid zal de notaris zijn werkzaamheden moeten staken. Indien de notaris op goede gronden kan aannemen dat geen sprake is van nietigheid of andere aspecten die tot onbevoegdheid leiden, is dienstweigering niet op zijn plaats.

3. Informatievoorziening aan de hypotheekgever

Bij de rechtsbeschermende taak van de notaris past ook dat hij de hypotheekgever tijdig op de hoogte stelt van voor hem belangrijke ontwikkelingen in de procedure. Dat volgt al uit de wettelijke regeling die, zoals hierboven onder 1 al kort werd aangestipt, de notaris verplicht de hypotheekgever te informeren over belangrijke ontwikkelingen in de procedure.

Uit de jurisprudentie kunnen nog de volgende verplichtingen worden afgeleid. Ten eerste, de Kamer van Toezicht te Amsterdam onderstreept in 2010 de uit art. 547 lid 3 Rv voortvloeiende verplichting van de notaris om de biedingen tegelijkertijd aan de hypotheekhouder en de hypotheekgever toe te sturen.⁴⁵¹ Het belang daarvan is erin gelegen dat ook de hypotheekgever op grond van art. 3:268 lid 2 BW een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop kan doen. Daartoe zal hij dan ook een gelijke kans moeten krijgen als de hypotheekhouder.

In een uitspraak van het Hof Amsterdam was eveneens sprake van een onderhandse executoriale verkoop.⁴⁵² Het hof oordeelde hier dat de notaris de geëxecuteerde uitvoerig had moeten informeren van de bijzondere ontwikkelingen in de onderhandse biedfase, in casu het op initiatief van de notaris tegen elkaar opbieden door de onderhandse bieder. Daardoor had de geëxecuteerde de mogelijkheid kunnen krijgen zich over deze gang van zaken een oordeel te vormen en daartegen op te komen bij de notaris en de rechter.

Ten slotte dient de notaris, zoals volgt uit een tuchtrechtelijke uitspraak uit 2005, de eindafrekeningen met betrekking tot de executoriale verkoop op eigen initiatief toe te sturen aan de geëxecuteerde.⁴⁵³ Uit diezelfde uitspraak volgt dat

⁴⁵⁰ Zie ook Albers-Dingemans 2011, p. 342: ‘Het uitgangspunt voor de notaris is dat hij ministerieplicht heeft, uiteraard mits voldaan is aan de wettelijke vereisten voor de executie.’

⁴⁵¹ KvT Amsterdam 2 december 2010, *LJN* YC0553. Vgl. Hof Amsterdam (tuchtr.) 13 december 2007, *LJN* BC2012 over het doorgeven van biedingen aan de curator, in geval van faillissement van de geëxecuteerde.

⁴⁵² Hof Amsterdam (tuchtr.) 18 december 1997, *WPNR* (6314) 1998, p. 322-323.

⁴⁵³ Hof Amsterdam (tuchtr.) 22 september 2005, *LJN* AU3452.

de notaris de geëxecuteerde had moeten informeren dat hij actie moest ondernemen ten aanzien van de inboedel die nog in de geveilde woningen aanwezig was. Het feit dat de geëxecuteerde een semiprofessionele verhuurder was en werd bijgestaan door een advocaat deed hieraan niet af.

Samenvattend kan worden gesteld dat de hypotheekgever van alle voor hem relevante informatie tijdig en uit eigen beweging van de notaris op de hoogte dient te worden gesteld. Dit stelt de hypotheekgever in staat voor zijn belang op te komen en gebruik te maken van zijn wettelijke mogelijkheden in de executoriale verkoopprocedure. De notaris heeft hierbij een actieve zorgplicht en dient elke schijn van partijdigheid te voorkomen.

5.2.4.2 De positie van de notaris ten opzichte van de andere betrokkenen

De zorgplicht van de notaris ten opzichte van andere betrokkenen strekt mijns inziens bij de executoriale verkoop verder dan voor de reguliere verkoop en overdracht is geoordeeld in de Tilburgse Hypotheekbankarresten.⁴⁵⁴ In dit onderdeel wordt uitgewerkt dat de notaris bij de executoriale verkoop *steeds* een zorgplicht heeft ten aanzien van de andere betrokkenen.⁴⁵⁵ De redenen daarvoor liggen in een aantal bijzondere eigenschappen van de executoriale verkoopprocedure, in het licht van de positie van de betrokkenen. Het bijzondere karakter van de executoriale verkoopprocedure in het licht van de positie van de *koper* komt in onderdeel 5.2.5.1 aan de orde.

In de eerste plaats het *gedwongen karakter* van deze verkoop. Bij een reguliere verkoop gaat de eigenaar in beginsel vrijwillig over tot verkoop. De eigenaar heeft de regie over de verkoop van de aan hem toebehorende woning en bepaalt (in overleg met de koper) de voorwaarden waartegen hij de woning verkoopt. Bij de executoriale verkoop moet hij de verkoop en levering van zijn woning in beginsel tegen zich dulden. Ook de belanghebbenden hebben bij executoriale verkoop minder zeggenschap dan bij reguliere verkoop. Bij een reguliere registergoedtransactie kunnen hypotheekhouders en beslagleggers in ruil voor een verkoop vrij van hun recht (royement) voorwaarden stellen, veelal in de vorm van betaling van hun vordering uit de door de koper betaalde koopsom. Voor beperkt gerechtigden en huurders geldt dat hun rechten bij een reguliere verkoop in beginsel in stand blijven. Bij executoriale verkoop vervallen de rechten van de hypotheekhouders, beslagleggers en beperkt gerechtigden die

⁴⁵⁴ Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 m.nt. W.M. Kleijn (in *NJ* 1996, 629) (Tilburgse Hypotheekbank I). Zie ook Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Tilburgse Hypotheekbank II) en Hoge Raad 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 m.nt. W.M. Kleijn (Tilburgse Hypotheekbank III). Zie onderdeel 5.2.1.2.

⁴⁵⁵ Zie ook V.zr. Rb. Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA8802, r.o. 4.3.

hun recht niet tegen de hypotheekhouder kunnen inroepen echter zonder meer als gevolg van de zuiverende werking van deze verkoop (art. 3:273 BW), terwijl ook de huurder met een huurrecht dat is ontstaan na het hypotheekrecht in beginsel kan worden gedwongen tot ontruiming (art. 3:264 BW). Ook voor gerechtigden tot een persoonlijk recht, zoals bijvoorbeeld de gerechtigde tot een kettingbeding.

De autonomie van partijen bij een rechtshandeling, de vrije keuze om rechtshandelingen met elkaar aan te knopen, waarover bijvoorbeeld Breedveld-de Voogd spreekt voor rechtshandelingen bij registergoedtransacties,⁴⁵⁶ is bij de executoriale verkoop in veel mindere mate aanwezig. Dit heeft ook gevolgen voor de zorgplicht van de notaris. Nu de betrokkenen minder invloed hebben op de rechtshandeling, terwijl de executoriale verkoop voor hen wel verstrekkende gevolgen meebrengt, treedt de notaris bij de executoriale verkoop mede op ter bescherming van hun belangen. Dit geldt temeer nu de notaris in plaats van de rechter als toezichthouder op de procedure aangewezen. Zoals hierboven al werd opgemerkt dat deze rol mede is ingegeven door de wens waarborgen in te bouwen ter bescherming van de belanghebbenden.

Ten tweede is de bijzondere positie van de notaris bij deze rechtshandeling van belang.⁴⁵⁷ Zoals in de inleiding al kort werd opgemerkt, is de notaris op grond van de wet *vanaf de aanvang* betrokken bij de verkoopprocedure, in plaats van dat hij fungeert als sluitstuk van het verkoop- en leveringstraject zoals bij de reguliere verkoop. Doordat de notaris vanaf de aanvang betrokken is bij de procedure is hij ook in staat zorg te dragen voor de belangen van de betrokkenen. Het omgekeerde geldt ook: juist omdat de notaris de gehele procedure betrokken is, dient hij zorg te dragen voor de belangen van de betrokkenen.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de notaris *steeds* rekening dient te houden met de belangen van de overige betrokkenen bij de executoriale verkoop. Deze zorgplicht wordt hierna voor twee concrete vragen uitgewerkt. Ten eerste, in hoeverre dient de notaris ervoor zorg te dragen dat bij de executoriale verkoop geen rechten van deze betrokkenen worden geschonden? Ten tweede, in hoeverre dient de notaris bij het verstrekken van informatie aan (potentiële) bidders rekening te houden met de belangen van de betrokkenen?

1. Respecteren van rechten van de betrokkenen

In onderdeel 4.3.1.1 zijn twee algemene aanknopingspunten geformuleerd voor de invulling van de zorgplichten van de notaris jegens de andere betrokkenen: ten eerste de indeling in direct betrokkenen, belanghebbenden en overige

⁴⁵⁶ Breedveld-de Voogd 2010, p. 69-70.

⁴⁵⁷ Zie ook Kuhlmann 1996, p. 2-3.

betrokkenen die uit de wettelijke regeling kan worden afgeleid en ten tweede de mogelijkheden voor de betrokkenen om voor hun belang op te komen.

Bij de uitwerking van de zorgplicht van de notaris ten aanzien van de rechten van betrokkenen wordt, naast deze uitgangspunten, ook gebruik gemaakt van een opmerking van Breedveld-de Voogd. Deze opmerking wordt gemaakt bij de beschouwing van de verhouding tussen de waarschuwingsplicht (Belehrungspflicht) en dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt. Nadat zij stelt dat de waarschuwingsplicht van de notaris ook een rol speelt bij de vraag of een overeenkomst ongewijzigd moet worden nagekomen – en derhalve niet slechts ten aanzien van de totstandkoming van de overeenkomst, merkt zij op:

‘De zorgplicht van de notaris strekt zich ertoe uit dat partijen in staat worden gesteld op een effectieve wijze de rechtsbeschermende instrumenten (zoals vernietiging en ontbinding) te gebruiken die het recht hun ter beschikking stelt.’⁴⁵⁸

In aansluiting hierop betoogt zij dat de notaris, nadat hij zijn cliënt heeft gewaarschuwd, wellicht geadviseerd heeft van de transactie af te zien en gewezen heeft op de mogelijkheid van vernietiging, in beginsel de beslissing van de cliënt moet respecteren.⁴⁵⁹ Dienstweigeringsplicht is hier niet aangewezen, omdat de partijautonomie voorop staat.

Hoewel deze opmerking ziet op de reguliere verkoop en overdracht en op dienstweigeringsplicht in het belang van de *cliënt*, biedt zij een belangrijk aanknopingspunt voor de zorgplicht van de notaris bij de executoriale verkoop ten opzichte van de betrokkenen. Aan de hand hiervan kunnen namelijk de grenzen van deze zorgplicht worden bepaald. De centrale vraag hierbij is in hoeverre de notaris voor de belangen van de betrokkenen van wie het recht in principe zou vervallen bij executoriale verkoop moet opkomen, bijvoorbeeld indien de opbrengst naar verwachting niet in gevaar komt als een recht van een betrokkene bij executoriale verkoop zou worden doorgegeven. Stel bijvoorbeeld dat een keuze gemaakt moet worden of een persoonlijk recht van een betrokkene bij de executoriale verkoop moet worden doorgegeven, bijvoorbeeld een kettingbeding, en de opbrengst ten behoeve van de belanghebbenden die hoger gerangschikt zijn niet in gevaar komt indien het beding wordt doorgegeven. In beginsel vervalt het recht van deze gerechtigde tot het kettingbeding op grond van het goederenrechtelijke systeem: het recht van de hypotheekhouder is sterker dan het persoonlijke recht van de gerechtigde tot het kettingbeding. Bij executoriale verkoop kan het kettingbeding op grond hiervan in beginsel

⁴⁵⁸ Breedveld-de Voogd 2010, p. 91.

⁴⁵⁹ Breedveld-de Voogd 2010, p. 92. Zie ook Waaijer 1996, p. 338. Vgl. Boks 2002, p. 103-104.

genegeerd worden.⁴⁶⁰ De opbrengst ten behoeve van hoger gerangschikte schuldeiser komt echter niet in gevaar. Wat betekent dit voor de zorgplicht van de notaris ten opzichte van deze gerechtigde?

De hiervoor besproken aanknopingspunten leiden tot de conclusie dat, indien de betrokkene bij de executoriale verkoop op grond van de wettelijke regeling voldoende mogelijkheden worden geboden om voor zijn belang op te komen,⁴⁶¹ de notaris hem over deze mogelijkheden voldoende informeert én de betrokkene desondanks *niet* voor zijn belang opkomt, de notaris niet gehouden is tot bescherming van het belang van de betrokkene. Dit betekent concreet dat in dit geval niet in de veilingvoorwaarden (en de andere informatie aan de potentiële bidders) hoeft de worden opgenomen dat het recht van de betrokkene wordt doorgegeven. De koper is dan niet gebonden aan het recht van de betrokkene.

In deze zin betoogt ook Holtman die, bij de bespreking van een rechtszaak over het niet doorgeven van een kettingbeding, stelt dat dienstweigering hier veelal niet op zijn plaats is, maar dat de notaris de betrokken derde op de hoogte moet stellen van de veilingvoorwaarden (waarin het kettingbeding dus niet is opgenomen) door deze aan hem toe te zenden.⁴⁶²

Dit betekent dat de informatie die de notaris op grond van de wet gehouden is aan de *belanghebbenden* toe te sturen op grond van art. 546 jo. 515 lid 2 en 517 lid 1 Rv, onder omstandigheden ook aan de *betrokkenen* dient toe te sturen.⁴⁶³

Het vooraf informeren voorkomt geschillen ná de executoriale verkoop en bevordert de snelheid van de procedure.

Kleijn stelt, eveneens ten aanzien van een kettingbeding, dat het niet past in het goederenrechtelijke systeem dat een kettingbeding zou voorgaan, ook niet indien het kettingbeding ouder is dan het hypotheekrecht.⁴⁶⁴ Hij hanteert een ander criterium voor de zorgplicht van de notaris ten aanzien van de gerechtigde tot een kettingbeding:

‘De enige weg waar de notariële bemoeienis met de (automatische) doorwerking niet geheel tegen ons burgerlijk recht indruist zijn de situaties, waarin het op deze oneigenlijke wijze “verplicht” [op verzoek van de executant, IV] doorgeven van een kettingbeding in redelijkheid geen nadeel toebrengt aan de executerende hypotheekhouder of beslaglegger. Aangezien de notaris geen helderziende is, ook niet wat betreft de op de executieveiling te behalen opbrengst, is voor de bescherming van de hypotheekhouder mijns inziens vereist, dat de kettingbedinghouder bereid moet zijn om het tekort van de executant (en een eventuele tweede hypotheekhouder) bij executie aan

⁴⁶⁰ Zie ook onderdeel 6.5.3.

⁴⁶¹ Zie tabel 4.1.

⁴⁶² Holtman 2000, n.a.v. Pres. Rb. Roermond 28 september 1999 (niet gepubl.).

⁴⁶³ Zie ook Holtman 2000.

⁴⁶⁴ Kleijn 2004, p. 21-23.

te zuiveren. In een dergelijke situatie lijkt het op grond van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd dat de notaris *dán* verlangt dat bij de veiling het kettingbeding wordt doorgegeven (op straffe van dienstweigering).⁴⁶⁵

Hiermee legt Kleijn het oordeel meer in handen van de notaris dan hiervoor is betoogd. Nu de wettelijke regeling van de executoriale verkoop echter aan de betrokkenen diverse mogelijkheden geeft om voor hun belang op te komen, is de conclusie gerechtvaardigd dat de notaris weliswaar betrokkenen moet *informer*en over hun positie en de mogelijkheden voor hun belang op te komen, maar dat zijn zorgplicht in beginsel niet verder strekt. De zorgplicht van de notaris is dan ook een *informatieplicht*, geen zelfstandige beslissing om een recht al of niet door te geven indien uit de wettelijke regeling of het goederenrechtelijke systeem een andere conclusie moet volgen.

2. Informatie in de veilingvoorwaarden

Een tweede aspect van de notariële zorgplicht ten opzichte van de andere betrokkenen ziet op de informatievoorziening aan de (potentiële) bidders. Ook daarbij dient de notaris de belangen van de overige betrokkenen, in het bijzonder die van de *belanghebbenden*, voor ogen te houden. Op dit punt houdt zijn zorgplicht in dat waar discussie mogelijk is ten aanzien van de (inhoud van de) rechten van betrokkenen, de notaris de discussie zo veel mogelijk vóór het opmaken van de veilingvoorwaarden en in ieder geval vóór de openbare veiling of ondertekening van de koopovereenkomst bij onderhandse executoriale verkoop moet wegnemen.⁴⁶⁶ Dit is in het belang van het voorkomen van onnodige onzekerheid bij bidders en daarmee in het belang van het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst. De wettelijke regeling biedt de notaris hiertoe de mogelijkheid van het starten van een procedure naar aanleiding van een geschil over de veilingvoorwaarden, de wijze van verkoop of de dag, het uur of de plaats van de verkoop (art. 518 Rv, waarin de notaris expliciet vermeld is) of een executiegeschil (art. 438 Rv).

Deze stelling kan worden uitgewerkt aan de hand van een casus die zowel aan de tuchtrechter als aan de civiele rechter werd voorgelegd.⁴⁶⁷ In deze casus stond centraal of de *erfpachtvoorwaarden* goederenrechtelijke werking hadden, zodat de koper bij de executoriale verkoop gebonden was aan de betreffende voorwaarden.⁴⁶⁸ Van belang is dat in de vestigingsakte van het erfpachtrecht was opgenomen dat de uitgifte van erfpacht geschiedde onder (onder meer) de

⁴⁶⁵ Kleijn 2004.

⁴⁶⁶ Zie over het belang daarvan onderdeel 4.4.2.

⁴⁶⁷ Hof Amsterdam (tuchtr.) 7 december 2006, *LJN* AZ5962; Rb. Rotterdam 10 januari 2007, *LJN* AZ8539.

⁴⁶⁸ Zie ook onderdeel 6.5.2.4.

bepalingen van maatschappelijk gebonden eigendom (MGE),⁴⁶⁹ welke bepalingen waren opgenomen in een bijlage bij de akte. Deze bijlage was echter niet mee ingeschreven in de openbare registers.

Wanneer het betreffende object geveild wordt, komt de vraag op naar de goederenrechtelijke werking van de niet in de openbare registers ingeschreven MGE-bepalingen. Op grond van art. 5:91 lid 1, tweede zin BW kunnen de bepalingen niet worden tegengeworpen aan de hypotheekhouder. Als de bepalingen echter goederenrechtelijke werking hebben, is de koper bij executoriale verkoop *wel* gebonden. De vraag naar goederenrechtelijke werking is dan ook van belang voor de inhoud van de veilingvoorwaarden, met name ook omdat de MGE-bepalingen van invloed zijn op de *waarde* van het aangeboden goed.

In dit geval meende de notaris dat aan de MGE-bepalingen *geen* goederenrechtelijke werking toekwam. In eerste instantie werd dan ook (onder meer) in de veilingbrochure opgenomen:

‘Aangezien deze maatschappelijk gebonden eigendomsbepalingen geen goederenrechtelijke werking hebben, zal de executant deze bepalingen waaronder de zelfbewoningplicht niet opleggen aan de koper op de veiling.’

Later werd deze bepaling afgezwakt tot:

‘Aangezien deze maatschappelijk gebonden eigendomsbepalingen geen goederenrechtelijk[e] doch slechts persoonlijke werking lijken te hebben, zal de executant deze bepalingen niet opleggen aan de koper op de veiling. Deze bepalingen zijn slechts in de koopakte door de verkoper aan de koper opgelegd zonder dat zij versterkt zijn met een goederenrechtelijke bescherming.’

In verband hiermee start de erfverpachter zowel een civiele als een tuchtrechtelijke procedure tegen de notaris (en de koper en hypotheekhouder). De tuchtrechter acht het handelen van de notaris klachtwaardig en legt de maatregel van waarschuwing op:

‘Door zich niet neutraal uit te laten kiest de notaris partij. Het had op de weg van de notaris gelegen de tekst in het veilingboekje zorgvuldiger en objectiever te redigeren, rekening houdend met ook de belangen van klagster en zich daarbij te onthouden van een oordeel over het al dan niet toekomen van zakelijke werking van de MGE-bepalingen, nu hierover klaarblijkelijk discussie mogelijk is.’

In beginsel kan ik mij vinden in het oordeel van het hof. De notaris dient, zoals meermaals betoogd, bij het opstellen van de veilingvoorwaarden ook rekening te houden met de (gerechtvaardigde) belangen van de bij de executoriale verkoop

⁴⁶⁹ Zie hierover Van Velten 2012-I, p. 427-429; Vonck 2007, p. 1041-1047.

betrokkenen. Een onafhankelijke en onpartijdige opstelling van de notaris past hierbij.⁴⁷⁰ Deze uitspraak biedt dan ook een bruikbaar aanknopingspunt voor de notaris bij het opstellen van veilingvoorwaarden en andere informatievoorziening aan potentiële bidders.

Dit neemt echter niet weg dat discussies over, zoals in deze casus, de goederenrechtelijke werking van erfpachtvoorwaarden, zo veel mogelijk vóór de executoriale verkoop opgelost moeten worden. Een executiegeschil of geschil over de veilingvoorwaarden is in dergelijke gevallen aangewezen. Indien de notaris, zoals in deze casus, van mening is dat hij juist handelt, maar een betrokkene dit ter discussie stelt, dient hij de betrokkene te wijzen op de mogelijkheid van een executiegeschil of geschil over de veilingvoorwaarden (de wijze van verkoop of de dag, het uur of de plaats van de verkoop), zoals ook de Kamer van Toezicht te Rotterdam in deze casus heeft overwogen.⁴⁷¹

Bovendien is het in deze specifieke casus de vraag of de tuchtrechtelijke sanctie op zijn plaats is. De Kamer van Toezicht te Rotterdam had de klacht eerder ongegrond verklaard, nu de veilingbrochure was aangepast en de erfverpachter (als gezegd) bovendien de mogelijkheid had om de veilingvoorwaarden aan te vechten, dan wel een executiegeschil te starten.⁴⁷² Ook de civiele rechter gaf de erfverpachter ongelijk. De vordering op grond van onrechtmatige daad, ingesteld door de erfverpachter omdat de notaris en hypotheekhouder hem ten onrechte in de veilingvoorwaarden hadden opgenomen dat de MGE-bepalingen voor opvolgend koper(s) niet (meer) van toepassing waren, werd ongegrond verklaard. Omdat de MGE-bepalingen niet waren ingeschreven hadden zij geen goederenrechtelijke werking, aldus de Rechtbank Rotterdam. Om deze reden pleegde de veilingkoper geen onrechtmatige daad door de woning zonder de MGE-bepalingen door te verkopen.⁴⁷³

5.2.5 Zorgplichten op grond van de rechtszekerheidspijler

In onderdeel 5.2.1.1 is de notariële tussenkomst met betrekking tot de rechtszekerheidspijler gesplitst in drie onderdelen: de plicht tot wilscontrole, de onderzoeksplicht en de informatieplicht. Deze indeling wordt hier, bij de bespreking van de zorgplichten van de notaris bij de executoriale verkoopprocedure op grond van de rechtszekerheidspijler, ook aangehouden. Bij deze bespreking worden ook de in onderdeel 4.4 besproken uitgangspunten voor het

⁴⁷⁰ Zie ook Kuhlmann 1996.

⁴⁷¹ KvT Rotterdam 17 november 2005, te kennen uit: Hof Amsterdam (tuchtr.) 7 december 2006, *LJN* AZ5962.

⁴⁷² KvT Rotterdam 17 november 2005, te kennen uit: Hof Amsterdam (tuchtr.) 7 december 2006, *LJN* AZ5962.

⁴⁷³ Rb. Rotterdam 10 januari 2007, *LJN* AZ8539. Zie over de overgang van bedingen met betrekking tot een beperkt recht in het algemeen onderdeel 6.5.2.4.

bereiken van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst meegenomen (de executoriale verkoop dient plaats te vinden op de voor het registergoed meest geschikte wijze, na de beste voorbereiding aan de meestbiedende gegadigde). Deze uitgangspunten komen namelijk voornamelijk tot uitdrukking bij de zorgplichten van de notaris op grond van de rechtszekerheidspijler.

5.2.5.1 Plicht tot wilscontrole

Ten aanzien van de plicht tot wilscontrole moet de bijzondere positie van de koper in ogenschouw worden genomen. Bij de executoriale verkoopprocedure is, anders dan bij een reguliere verkoop, pas in een laat stadium bekend wie de koper is. Immers, pas op het moment van gunning door de hypotheekhouder, dan wel na goedkeuring van de voorzieningenrechter van de aan hem voorgelegde koopovereenkomst is de koper definitief bekend.

Bij een reguliere verkoop komt de transactie in overleg tussen koper en verkoper tot stand. Zij bepalen samen voor welke prijs en onder welke voorwaarden wordt verkocht. Bij executoriale verkoop is de enige inbreng van de koper het uitbrengen van het (in beginsel hoogste) bod. De voorbereiding van de verkoop heeft dan al plaatsgevonden. De mogelijkheid tot overleg tussen partijen ontbreekt hierdoor grotendeels. De bieder/koper bevindt zich derhalve in een bijzondere positie: bij het opstellen van bijvoorbeeld de veilingvoorwaarden is hij derde, maar na gunning door de hypotheekhouder is de hoogste bieder wel gebonden aan de inhoud van de veilingvoorwaarden. Als zodanig wordt de uiteindelijke koper bijvoorbeeld partij bij het in de veilingvoorwaarden opgenomen kettingbeding.⁴⁷⁴ Tussen de notaris en de koper bestaat geen contractuele relatie.⁴⁷⁵ Desondanks heeft de notaris vanwege zijn taak als organisator van de verkoop wel zorgplichten ten opzichte van de koper.

De bijzondere positie van de koper heeft mijns inziens voor de plicht tot wilscontrole tot gevolg dat de notaris er in beginsel vanuit mag gaan dat de bieder door het bieden zijn wil kenbaar heeft gemaakt, *mits* de notaris zich voldoende van zijn informatieplicht kwijft. Om deze reden speelt de hierna te bespreken informatieplicht een grote rol. Het gaat bij de executoriale verkoop immers voornamelijk om *voorlichting vooraf* om te waarborgen dat hetgeen (uiteindelijk) in de akte wordt opgenomen in overeenstemming is met de wil van de koper (bieder).⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Zie ook Du Perron, annotatie onder Hoge Raad 2 februari 2007, *NJ* 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA Management/Stichting Meerhuysen) en r.o. 3.5.1 van het arrest. Zie hierover onderdeel 5.2.5.3, onder 2.

⁴⁷⁵ Gräler 2004, p. 7.

⁴⁷⁶ Vgl. Boks 2002, p. 41. Zie onderdeel 5.2.1.1.

Het uitgangspunt van een efficiënte en effectieve procedure brengt mee dat het zwaartepunt van de zorgplichten van de notaris vóór de executoriale verkoop ligt en niet bij het uiteindelijk vastleggen van de rechtshandeling in de processen-verbaal. Dat betekent niet dat de notaris in het geheel niet gehouden is tot onderzoek naar de wil van de uiteindelijke koper en de weergave daarvan in de akte. Immers, voorkomen moet worden dat de rechtshandeling achteraf vernietigd wordt vanwege wilsgebreken. De zorgplicht hiertoe ligt echter in de voorfase en komt voornamelijk tot uitdrukking in de zorgplichten in verband met de informatievoorziening aan potentiële bidders. Om deze reden wordt hier slechts gewezen op de plicht tot wilscontrole aan kopers zijde, zonder dat deze verder wordt uitgewerkt.

Ten opzichte van de hypotheekhouder (zijn opdrachtgever) heeft de notaris ook een plicht tot wilscontrole. Bij het opstellen van de veilingvoorwaarden dient de notaris te onderzoeken of de wil van de hypotheekhouder juist wordt weergegeven. Uit art. 517 Rv komt dan ook naar voren dat de notaris de veilingvoorwaarden vaststelt *in overleg met* de executant. Hierboven bleek echter al dat de notaris bij het opstellen van de veilingvoorwaarden niet louter de wil van de hypotheekhouder mag volgen, maar ook een eigen verantwoordelijkheid heeft ten behoeve van de overige betrokkenen bij de executoriale verkoop. Deze eigen verantwoordelijkheid geldt evenzeer bij het opstellen van de andere akten die de executoriale verkoop betreffen: de processen-verbaal van gunning, van veiling (inzet en afmijning) en van kwijting; voor de onderhandse executoriale verkoop: de koopovereenkomst en de akte van levering.

5.2.5.2 Onderzoeksplicht

Uit het arrest *Credit Lyonnais Bank/T.* komt naar voren dat op de notaris een *zwaarwegende zorgplicht* rust in verband met de beoogde rechtsgevolgen van de rechtshandeling die in een notariële akte wordt neergelegd.⁴⁷⁷ In dit onderdeel wordt besproken hoe deze zwaarwegende zorgplicht wordt ingevuld ten aanzien van de onderzoeksplicht van de notaris bij executoriale verkoop.

Het in het vorige onderdeel besproken aspect van het nog niet bekend zijn van de wederpartij (de koper) in de voorfase van de executoriale verkoop, brengt ook voor de onderzoeksplicht van de notaris gevolgen mee. De notaris zal zich bij het onderzoek naar en het verstrekken van informatie over het registergoed zich moeten richten op *alle te verwachten potentiële bidders* voor het betreffende registergoed. In het voor de executoriale verkoop belangrijke arrest *Krom-*

⁴⁷⁷ Hoge Raad 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. E.A.A. Luijten (onder *NJ* 1991, 474) (*Credit Lyonnais Bank/T.*). Zie ook onderdeel 5.2.1.1.

jongh/Van Dijk c.s. komt dit ook naar voren.⁴⁷⁸ In dit arrest draait het om de onderzoeksplicht van de notaris naar de publiekrechtelijke bestemming van een *vrijwillig* in het openbaar te veilen registergoed. De notaris had naar deze bestemming slechts telefonisch, en overigens pas na vragen van een geïnteresseerde, navraag gedaan bij de gemeente. Daarbij werd een onjuiste bestemming doorgegeven. In cassatie draait het om de vraag of de notaris zich op deze wijze voldoende had gekweten van zijn onderzoeksplicht. De Hoge Raad overweegt daaromtrent:

‘In het licht van de gemeentelijke bevoegdheden met betrekking tot gebruik en bestemming van onroerende zaken ligt het voor de hand dat, eer een notaris informatie van deze aard aan het publiek verschaft, hij bij de gemeente binnen het gebied waarvan die zaak is gelegen, nagaat of de bestemming *die hij aan het publiek wil opgeven* en die deze zaak op dat tijdstip wellicht feitelijk heeft, een gebruik van de onroerende zaak betreft, waartegen van de zijde van de gemeente bezwaren zijn te verwachten. Dit brengt mee dat een notaris die een zodanig onderzoek nalaat, niet voldoet aan de eis van een *hoge mate van zorgvuldigheid* die blijkens het hiervoor overwogene van hem dient te worden verlangd.’⁴⁷⁹

Dit arrest biedt een uitgangspunt voor de invulling van zijn onderzoeksplicht bij de executoriale verkoop. Op grond hiervan moet de notaris bij zijn onderzoek een *hoge mate van zorgvuldigheid* in acht nemen.⁴⁸⁰ Uit het arrest volgt dat de notaris niet alleen schriftelijk (waarvoor in de huidige tijd ook elektronisch kan worden gelezen) navraag moet doen naar de benodigde informatie, maar tevens dat hij dit *zo tijdig* doet dat de betreffende instantie daadwerkelijk in staat is om de gewenste informatie te verstrekken vóór de start van het biedproces bij executoriale verkoop.⁴⁸¹

Hiermee wordt een strengere maatstaf aangelegd dan voor de reguliere verkoop. Hiervoor kan een aantal redenen worden gegeven. Allereerst dat de notaris zijn informatie aan het publiek verstrekt, zoals ook in het arrest Kromjongh/Van Dijk c.s. wordt opgemerkt.⁴⁸² Bij reguliere verkoop en overdracht vormen art. 7:15 en 7:17 BW het uitgangspunt voor de te verstrekken informatie door verkoper en de eigen onderzoeksplicht van koper.⁴⁸³ In dat geval zijn verkoper en koper bekend

⁴⁷⁸ Hoge Raad 22 maart 1996, *NJ* 1996, 668 m.nt. W.M. Kleijn (Kromjongh/Van Dijk c.s.).
⁴⁷⁹ Cursivering toegevoegd door mij.

⁴⁸⁰ Vgl. ten aanzien van de ontvangst van de koopsom bij een reguliere overdracht: Hoge Raad 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428 (Knobo/Schellenbach).

⁴⁸¹ Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 22 maart 1996, *NJ* 1996, 668 m.nt. W.M. Kleijn (Kromjongh/Van Dijk c.s.), onder 3.

⁴⁸² Hierover ook Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 926; Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 22 maart 1996, *NJ* 1996, 668 (Kromjongh/Van Dijk c.s.), onder 4.

⁴⁸³ Zie echter Heyman & Bartels 2012, p. 317-350 over de contractspraktijk met betrekking tot art. 7:17 BW. In praktisch alle koopovereenkomst wordt afgeweken van het wettelijke stelsel, bijvoorbeeld: enerzijds wordt de wettelijke conformiteitsverplichting →

en is derhalve duidelijk aan wie de informatie wordt verstrekt. Bij executoriale verkoop echter wordt de informatie aan het publiek *in het algemeen* verstrekt. Bovendien rust op de hypotheekgever bij executoriale verkoop, anders dan voor de eigenaar bij reguliere verkoop geldt, in beginsel *geen* mededelingsplicht, zoals in onderdeel 4.4.2.3 is uitgewerkt.

Waar bij reguliere verkoop discussie mogelijk is over de vraag of de notaris mag afgaan op informatie die door partijen wordt verstrekt,⁴⁸⁴ kan uit de in onderdeel 4.4.2.3 en de hiervoor besproken jurisprudentie de conclusie worden getrokken dat de notaris een *zelfstandig* onderzoek moet verrichten waarbij hij een hoge mate van zorgvuldigheid in acht moet nemen om de potentiële bidders zo veel mogelijk in staat te stellen een reëel bod uit te brengen.

Een volgend belangrijk aspect ten aanzien van de onderzoeks- en informatieplicht bij executoriale verkoop is dat notariële tussenkomst hier *dwingendrechtelijk* is voorgeschreven. Waar de notaris wordt aangewezen als toezichthouder en coördinator van de procedure, brengt dit een zwaardere zorgplicht mee dan bij reguliere verkoop en levering waar het verkooptraject immers (in elk geval wettelijk gezien, vaak ook in de praktijk) al afgerond zodra de zaak bij de notaris komt.⁴⁸⁵ Ook speelt mee dat uit de jurisprudentie en literatuur volgt dat de informatie die de notaris aan het publiek verstrekt, bij executoriale verkoop aan de hypotheekhouder wordt toegerekend.⁴⁸⁶

Ten slotte kan uit de algemene zorgplicht tot het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst een verzwaaarde onderzoeksplicht worden afgeleid. Voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst is immers, zoals in onderdeel 4.4.2 is uitgewerkt, onder meer *de beste voorbereiding* nodig. Het onderzoek van de notaris is van belang voor de informatie die uiteindelijk aan de potentiële bidders wordt verstrekt. Het uitgangspunt van *de beste voorbereiding* brengt hier voor de notaris een plicht tot een hoge mate van zorgvuldigheid bij zijn onderzoek mee, nu de notaris hiervoor de eerst verantwoordelijke is.

van verkoper ‘weggecontracteerd’, maar anderzijds wordt deze verplichting aangescherpt waar het de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen dan wel afwezigheid van bepaalde gebreken betreft. Zie ook hierna, bij de bespreking van het onderscheid tussen 7:19 BW en de reguliere contractspraktijk.

⁴⁸⁴ Hierover o.m.: Boks 2002, p. 44-46; Waaijer 1996, p. 341. Zie voor jurisprudentie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (tuchtr.) 9 maart 2000, *WPNR* (6414) 2000, p. 602-603.

⁴⁸⁵ Zie ook Breedveld-de Voogd 2010, p. 86-89; Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 926 (over de onderzoeksplicht van de notaris ten aanzien van niet gepubliceerde publiekrechtelijke beperkingen).

⁴⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 19 maart 2008, *LJN* BD2965, waar de veilingkoper de hypotheekhouder aanspraak wegens dwaling vanwege – zo stelde althans de veilingkoper – misleidende informatie van de notaris over het geveilde object. Vgl. Kuhlmann 1996, p. 3; Smits 1999, p. 59; Parl. Gesch. Boek 6, p. 908 (MvA).

Deze aspecten maken dat zwaardere eisen worden gesteld aan de onderzoeksplicht van de notaris bij executoriale verkoop, hetgeen uitmondt in een zorgplicht tot het in acht nemen van *een hoge mate van zorgvuldigheid* bij zijn onderzoek. Aan de hand van deze zorgplicht worden hierna de concrete verplichtingen bij het onderzoek naar de juridische staat van het goed en het onderzoek naar de feitelijke staat van het goed besproken.

Hier wordt nog een drietal opmerkingen gemaakt. Allereerst, bij de bespreking van de zorgplichten wordt ervan uitgegaan van dat het toezicht en de coördinatie bij de *notaris* ligt. In de meeste delen van Nederland is het toezicht en de coördinatie in handen van de notaris, zij het dat voor bezichtigingen en andere voorbereidingshandelingen ook wel gebruik wordt gemaakt van een makelaar. De verdeling tussen notaris en makelaar is vooral in de regio Amsterdam anders dan in de andere delen van Nederland.⁴⁸⁷ Daar ligt de coördinatie grotendeels in handen van de makelaar. Niettemin draagt de notaris ook bij de inschakeling van een makelaar een eigen verantwoordelijkheid voor de informatie die aan het publiek verstrekt wordt. De uit het Kromjongh/Van Dijk c.s.-arrest voortvloeiende hoge mate van zorgvuldigheid geldt ook dan. Dat is ook uitgemaakt in een tweetal hierna nog te bespreken arresten.⁴⁸⁸

Ten tweede, met de voorbeelden die in dit en het volgende onderdeel staan wordt niet bedoeld een uitputtend overzicht van de *casus* ten aanzien van omvang van de onderzoeks- en informatieplicht van de notaris te geven. Het geven van een dergelijk uitputtend overzicht is ook ondoenlijk, gezien de vele *casus* waarmee de notaris bij de executoriale verkoop te maken kan krijgen. De voorbeelden, veelal afkomstig uit de jurisprudentie, dienen dan ook alleen ter illustratie van het betoog.

Ten derde wordt gewezen op art. 7:19 BW, dat de aansprakelijkheid van de hypotheekhouder beperkt. Op grond van deze bepaling kan de koper zich er bij executoriale verkoop niet op beroepen dat de zaak behept is met een (bijzondere) last of beperking die er niet op had mogen rusten, of dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. Een uitzondering wordt gemaakt voor de wetenschap van verkoper van de last, het gebrek of de non-conformiteit. Voor een uitgebreidere bespreking van deze bepaling wordt verwezen naar onderdeel 6.3.3.2. Voor de bespreking hierna is van belang dat art. 7:19 BW in mijn ogen in beginsel niet af doet aan de verzwaarde onderzoeksplicht van de notaris bij de executoriale verkoop. De notaris dient een hoge mate van zorgvuldigheid in acht te nemen bij zijn onderzoek, zoals ook hierboven betoogd. Wel beschermt art. 7:19 BW de hypotheekhouder tegen aanspraken van de koper ten aanzien van

⁴⁸⁷ Zie www.mva.nl/veiling.

⁴⁸⁸ Hof Amsterdam (tuchtr.) 30 mei 1996, *PW* 21008; Hof 's-Gravenhage 12 september 1980, *NJ* 1981, 322.

gebreken, waarvan noch de hypotheekhouder, noch de notaris (na onderzoek waarbij een hoge mate van zorgvuldigheid in acht is genomen) wist.

1. Onderzoek naar de juridische staat

De verplichten van de notaris op grond van de onderzoeksplicht kunnen worden ingedeeld in drie elementen:

‘Met betrekking tot de zorg die de notaris moet betrachten bij de levering van een onroerende zaak staan drie elementen centraal: de controle van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, het onderzoek naar de rechtstoestand van de onroerende zaak en de juiste omschrijving van deze zaak.’⁴⁸⁹

Deze indeling wordt bij de bespreking hierna ook gehanteerd.

1A. Controle van de beschikkingsbevoegdheid

Het eerste element, de controle van de beschikkingsbevoegdheid, is onder 5.2.4.1 reeds besproken: de notaris moet controleren of de hypotheekgever in verzuim is met zijn verplichtingen. Door het verzuim ontstaat immers de bevoegdheid tot executoriale verkoop (art. 3:268 BW). De bevoegdheid tot executoriale verkoop ex art. 3:268 BW brengt ook de bevoegdheid tot verkoop en overdracht mee,⁴⁹⁰ zoals in onderdeel 6.3 verder zal worden uitgewerkt.

Hier is nog van belang dat een ten aanzien van de hypotheekgever uitgesproken faillissement in beginsel geen gevolgen heeft voor de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekhouder. Op grond van art. 57 Fw kan hij het faillissement negeren en zijn recht tot parate executie uitoefenen. Desondanks is het voor de notaris wel degelijk van belang te rechercheren op een mogelijk(e) uitgesproken faillissement of schuldsaneringsregeling, bijvoorbeeld vanwege de mogelijkheid van een uitgesproken afkoelingsperiode. Uit art. 63a Fw blijkt dat een afkoelingsperiode de bevoegdheid tot verhaal opschort.

Van der Aa stelt dat dit concreet inhoudt dat een afkoelingsperiode de eerste fase – de aanzegging die de executie inleidt – en de tweede fase – de verkoop en levering van het verbonden goed door de hypotheekhouder – van de executoriale verkoop treft.⁴⁹¹ Is de executoriale verkoopprocedure reeds in de derde fase – die van de verdeling van de executieopbrengst – dan heeft de uitgesproken afkoelingsperiode voor de executoriale verkoop geen effect meer.

⁴⁸⁹ Breedveld-de Voogd 2010, p. 106.

⁴⁹⁰ Groefsema 1993, p. 85-87.

⁴⁹¹ Van der Aa 2007, p. 87-89.

Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid van art. 58 Fw, op grond waarvan de curator de hypotheekhouder een redelijke termijn kan stellen om tot verkoop over te gaan.⁴⁹²

Ten slotte past hier een opmerking over de gevolgen van het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling voor de bevoegdheid tot executoriale verkoop. In beginsel heeft de hypotheekhouder ook hier een separatistpostie (art. 299 lid 3 jo. 57 Fw), zodat de schuldsaneringsregeling geen gevolgen heeft voor zijn bevoegdheid tot executoriale verkoop. Er is echter een mogelijkheid dat de rechtbank in het belang van de boedel verklaart dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van de rente die betaald moet worden over de hypothecaire lening (art. 303 lid 3 Fw). Als gevolg daarvan werkt de *schone lei* van art. 358 Fw aan het eind van de schuldsaneringsregeling niet voor de hypothecaire vordering (art. 358 lid 5 Fw).⁴⁹³

1B. Onderzoek naar de rechtstoestand van de zaak

Het tweede element van het onderzoek naar de juridische staat betreft het onderzoek naar de rechtstoestand van de te verkopen zaak. Aan de hand van het uitgangspunt van het Kromjongh/Van Dijk c.s.-arrest wordt hier voor zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke rechtstoestand de onderzoeksplicht van de notaris uitgewerkt.

Wat de *privaatrechtelijke rechtstoestand* betreft, is het onderzoek bij de executoriale verkoop grotendeels gelijk aan het onderzoek bij de reguliere verkoop en overdracht. Dit onderzoek betreft niet alleen de in de openbare registers ingeschreven rechten (hypotheeken en andere beperkte rechten, beslagen en kwalitatieve verplichtingen), maar ook de ten aanzien van het goed geldende kettingbedingen en andere persoonlijke rechten.

Hierbij zal de inhoud van de rechten en verplichtingen die bij executoriale verkoop overgaan op de koper zullen moeten worden onderzocht, bijvoorbeeld de inhoud van de erfpachtvoorwaarden.⁴⁹⁴ Het is voor het uitbrengen van een reëel bod op het goed immers van belang of de koper bijvoorbeeld bij verkoop

⁴⁹² Hierover o.m. Rb. Haarlem 9 december 2010, *JOR* 2011, 201 m.nt. N.E.D. Faber: 'De hypotheekhouder aan wie een termijn wordt gesteld, wordt verondersteld binnen die termijn zijn rechten als separatist uit te oefenen. Alleen een termijn waarbinnen een redelijk voortvarend hypotheekhouder in staat is het hypotheekrecht uit te oefenen, kan als een redelijke termijn in voornoemde zin worden aangemerkt. Art 58 lid 1 Fw stelt aldus alleen een sanctie op nodeloos stilzitten van de kant van de hypotheekhouder.' Zie voorts V.zr. Rb. Arnhem 23 juni 2006, *JOR* 2006, 253, waarover: Albers-Dingemans 2007, p. 588-589. Hierover ook: onderdeel 5.2.4.1, onder 2.

⁴⁹³ Zie ook Hoge Raad 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203 m.nt. P. van Schilfgaarde.

⁴⁹⁴ Vgl. onderdeel 5.2.4.2, onder 2 over Hof Amsterdam (tuchtr.) 7 december 2006, *LJN* AZ5962.

gehouden is het goed eerst aan te bieden aan de erfverpachter. Met andere woorden, de bepalingen die voor het uitbrengen van een reëel bod door de bidders van belang zijn maken ook deel uit van het onderzoek door de notaris.

Ook zal de notaris onderzoek moeten doen naar de wijze van bewoning van het goed. Dit betreft vragen als: is de woning vrij van bewoners; woont alleen de hypotheekgever in de woning, of woont er ook een partner dan wel familie van de hypotheekgever; is het goed verhuurd of wellicht gekraakt?⁴⁹⁵ Een bezoek aan de woning is aangewezen om de *feitelijke* toestand vast te stellen.⁴⁹⁶

Ook dient de notaris onderzoek te doen naar mogelijk openstaande vorderingen van schuldeisers van de hypotheekgever, waarvoor de opvolgend eigenaar aansprakelijk kan worden gesteld. Dat geldt voor de bijdragen aan de vereniging van eigenaars in geval van een appartementsrecht (art. 5:122 lid 3 BW),⁴⁹⁷ de mandeligheidslasten bij mandeligheid (art. 3:176 lid 2 BW), de canon in geval van erfpacht (art. 5:92 lid 2 BW) en de retributie in geval van een opstalrecht (art. 5:104 lid 1 jo. 5:92 lid 2 BW). Het achterhalen van deze bedragen vormt een belangrijk aspect van het onderzoek, omdat de bieder hiermee bij het uitbrengen van zijn bod rekening zal moeten houden wil hij een reëel bod uitbrengen.

De uit het Kromjongh/Van Dijk c.s.-arrest afgeleide zorgplicht geldt evenzeer ten aanzien van de *publiekrechtelijke rechtstoestand* van het te verkopen goed, met name nu de verantwoordelijkheden van de notaris op dit terrein de laatste jaren sterk zijn toegenomen als gevolg van wetswijzigingen. Een belangrijke ontwikkeling daarin vormt de invoering van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen (Wkpb) op 1 juli 2007. Naast het in het leven roepen van een gemeentelijke beperkingenregister is met de invoering van de Wkpb ook het aantal te registreren publiekrechtelijke beperkingen uitgebreid.⁴⁹⁸ Huijgen & Pront-van Bommel merken op dat de Wkpb ook de taken voor de notaris uitbreidt:

⁴⁹⁵ Voor een bespreking van de onderzoeksplicht naar huur wordt verwezen naar onderdeel 6.6.

⁴⁹⁶ Zie ook onderdeel 5.2.4.1, onder 1.

⁴⁹⁷ De verplichting voor de notaris om aan de vereniging van eigenaars een verklaring omtrent de nog verschuldigde bijdragen te vragen blijkt ook uit art. 5:122 lid 5 BW. Zie ook Rb. Rotterdam (sector kanton) 20 januari 2012, *LJN* BV6066.

⁴⁹⁸ Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 921; De Vrey 2006, p. 64. De Wkpb heeft op dit moment alleen betrekking op publiekrechtelijke beperkingen die bij besluit zijn opgelegd en die zijn opgenomen in de Lijst van Beperkingen Besluit 19 maart 2007, Stb. 116. Zie over de derdenbescherming op grond van de Wkpb: De Vrey 2006, p. 64-68.

‘Deze taak bestaat er in om partijen bij de leveringsakte te informeren over het resultaat van de reches bij het kadaster en de openbare registers terzake van de gevonden publiekrechtelijke beperkingen, inclusief die het gevolg zijn van gemeentelijke beperkingenbesluiten. [...] In het licht van de ratio van de Wkpb waarbij expliciet is vermeld dat deze wet er ook toe strekt de kenbaarheid van de publiekrechtelijke beperkingen in het privaatrechtelijke rechtsverkeer – dat wil zeggen ten behoeve van de kopers van onroerende zaken – te verbeteren, is het naar onze mening niet dubieus dat het notariaat – die wat betreft zijn recherche- en informatieplicht spreekt van een kerntaak – hier moet rechercheren en het resultaat daarvan aan partijen moet meedelen. Wij zouden dit ook willen verdedigen voor het verder rechercheren bij de gemeentelijke registers, althans tenminste in de situatie dat de notaris op grond van de bij het kadaster aangetroffen informatie daartoe aanleiding geeft.’⁴⁹⁹

Zij betogen voorts dat de onderzoeksplicht van de notaris in beginsel niet verder gaat dan het raadplegen van het kadaster en de gemeentelijke beperkingenregistratie, en dat de notaris dan niet gehouden is onderzoek te doen naar niet ingeschreven publiekrechtelijke beperkingen.⁵⁰⁰ Volgens hen kan dit *onder omstandigheden* anders zijn. Een van die omstandigheden betreft de openbare executoriale verkoop, waarvoor de Hoge Raad in het Kromjongh/Van Dijk c.s.-arrest heeft uitgemaakt dat de notaris een hoge mate van zorgvuldigheid in acht moet nemen. In dat arrest ging het ook om een niet geregistreerde publiekrechtelijke beperking, te weten de bestemming van het openbaar te verkopen pand.

Hieruit leid ik af dat de notaris bij executoriale verkoop steeds gehouden is bij de bestuursorganen navraag te doen naar bestaande, maar niet gepubliceerde publiekrechtelijke beperkingen. De verkrijger is namelijk wel degelijk gebonden aan dergelijke, niet ingeschreven beperkingen; uit art. 14 Wkpb volgt dat art. 3:24 en 3:26 BW niet van toepassing zijn. Weliswaar kan de koper – indien hij als gevolg hiervan schade leidt – het bestuursorgaan dat ten onrechte de publiekrechtelijke beperking niet inschreef aanspreken en schadevergoeding vragen,⁵⁰¹ maar dat alles ontslaat de notaris niet van zijn onderzoeksplicht.

Een andere, voor de publiekrechtelijke rechtstoestand van belang zijnde wetsbepaling is art. 10 lid 2 sub e Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg). Deze bepaling is per 1 juli 2010 gewijzigd als gevolg van de aanname van het amendement van Kamerlid Wiegman-van Meppelen Scheppink.⁵⁰² Doordat het amendement is aangenomen, is aan art. 10 lid 2 sub e Wvg de volgende zinsnede toegevoegd:

⁴⁹⁹ Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 925.

⁵⁰⁰ Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 925.

⁵⁰¹ Huijgen & Pront-van Bommel 2007, p. 927.

⁵⁰² *Kamerstukken II* 2009/10, 31 285, nr. 10.

‘met dien verstande dat ingeval van een onderhandse executoriale verkoop als bedoeld in art. 3:268, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de voorzieningenrechter niet beslist omtrent het verzoek tot onderhandse verkoop zolang niet het bestuursorgaan in de gelegenheid is gesteld om, gelet op het gunstiger bod, een bod te doen’.

Met de invoering van deze bepaling kwam een einde aan de tot dan toe bestaande onzekerheid over de toepassing van de Wvg bij onderhandse executoriale verkoop. Uit deze bepaling vloeit echter tevens een belangrijke taak voor de notaris voort. Hoewel de bewoordingen van deze wetsbepaling wijzen op een verplichting van de voorzieningenrechter om het bestuursorgaan in geval van onderhandse executoriale verkoop te raadplegen om te vragen hij een hoger bod wil uitbrengen, komt deze verplichting in mijn ogen beter tot zijn recht indien zij bij de notaris wordt gelegd. Immers, indien pas in het stadium waarin een verzoek dat de verkoop onderhands zal geschieden wordt voorgelegd aan de voorzieningenrechter raadpleging van het bestuursorgaan plaatsvindt, wordt de procedure van executoriale verkoop onnodig opgehouden. Het verzoekschrift kan op grond van art. 548 lid 1 Rv tot één week vóór de veiling worden ingediend. De voorzieningenrechter zal, op het moment dat hem een verzoekschrift tot onderhandse executoriale verkoop ter beoordeling wordt voorgelegd, niet van het bestuursorgaan mogen verwachten dat de beslissing omtrent de aankoop direct wordt genomen. De Wvg schrijft bij reguliere verkoop een termijn van zes weken voor (art. 12 lid 1 Wvg) en hoewel deze bepaling vanwege het bepaalde in de aanhef van art. 10 lid 2 Wvg niet van toepassing is bij executoriale verkoop, zou het logisch zijn het bestuursorgaan hier ook een dergelijke termijn te geven. Dat heeft echter wel tot gevolg dat de executoriale verkoopprocedure aanzienlijk wordt opgeschort.

Indien de notaris het bestuursorgaan in een vroeg stadium van de executoriale verkoopprocedure inlicht en enige tijd geeft een beslissing te nemen kan, indien het uiteindelijk tot een onderhandse executoriale verkoop komt, sneller een beslissing van de voorzieningenrechter op het verzoek volgen. Dat doet recht aan het uitgangspunt van een efficiënte en effectieve procedure.

De aanbevolen procedure is dan als volgt. De notaris onderzoekt na ontvangst van de veilingopdracht of met betrekking tot het goed een aanwijzing is gedaan in de zin van de Wvg. Is dat het geval, dan informeert hij zo spoedig mogelijk het bestuursorgaan dat een goed heeft aangewezen in de zin van de Wvg over de aanstaande executoriale verkoop van het registergoed en biedt het bestuursorgaan tegelijkertijd de gelegenheid een onderhands bod te doen. Het bestuursorgaan heeft dan de mogelijkheid zich alvast op het doen van een bod te beraden. Het kan vervolgens alvast een bod doen of afwachten of er onderhandse biedingen binnenkomen. Als ofwel de gemeente, ofwel een ander een bod doet op het goed volgt de verzoekschriftprocedure ex art. 548 Rv bij de

voorzieningenrechter. Als er door een ander een bod is gedaan op het goed stelt de voorzieningenrechter het bestuursorgaan, zoals voorgeschreven in art. 10 lid 2 sub e Wvg, (nogmaals) in de gelegenheid een hoger bod te doen. In dat geval zal het bestuursorgaan uiterlijk op de zitting moeten verklaren of hij een hoger bod doet. Omdat het bestuursorgaan reeds de gelegenheid heeft gehad een besluit te vormen, hoeft de procedure in dit geval niet te worden opgeschort. De voorgestelde procedure verdient de voorkeur om redenen van efficiëntie en effectiviteit van de procedure, maar geeft de notaris wel een extra taak bij de executoriale verkoopprocedure.

Ten aanzien van het bovenstaande wordt nog opgemerkt dat ook technologische ontwikkelingen, die maken dat meer informatie makkelijker beschikbaar wordt, zorgen voor een uitbreiding van de taken van de notaris. Een voorbeeld daarvan vormt het per 1 oktober 2010 geldende Reglement rechercheren registergoederen,⁵⁰³ op grond waarvan de notaris ook het *online* te raadplegen Centraal Insolventieregister (CIR) moet controleren. Waar het *online* CIR het mogelijk maakt om met een aantal muisklikken te achterhalen of een faillissement ten laste van (in geval van executoriale verkoop) de hypotheekgever of koper is uitgesproken, wordt het welhaast vanzelfsprekend dat de notaris bij zijn recherche ook het CIR ‘checkt’. Als publiekrechtelijke beperkingen voortaan moeten worden ingeschreven en derhalve met een onderzoek in het elektronisch te raadplegen kadaster zichtbaar worden, breidt de onderzoeksplicht van de notaris zich met eenzelfde vanzelfsprekendheid uit. De invulling van de onderzoeksplicht, of beter gezegd de zorgplichten van de notaris, is derhalve mede afhankelijk van de technologische ontwikkelingen. Dit leidt tot de conclusie dat de concrete invulling van de algemene norm van een hoge mate van zorgvuldigheid dan ook tijdgebonden is; een conclusie die bij het beschouwen van de in dit onderdeel uitgewerkte notariële zorgplicht steeds voor ogen zal moeten worden gehouden.

1C. Juiste omschrijving van de zaak

Het laatste element van de onderzoeksplicht ziet op de juiste omschrijving van de zaak. In een aantal uitspraken betreffende de executoriale verkoop komt het belang van het in acht nemen van een hoge mate van zorgvuldigheid bij de omschrijving van de zaak naar voren. De eerste uitspraak betreft de omschrijving van een appartementsrecht, waarbij de notaris had volstaan met het overnemen van deze omschrijving uit een oude concept-splitsingsakte.⁵⁰⁴ Het handelen van de notaris werd als onzorgvuldig en ‘ernstig verwijtbaar’

⁵⁰³ Reglement rechercheren registergoederen, laatst gewijzigd op 25 januari 2012, te raadplegen via www.knb.nl.

⁵⁰⁴ Rb. Rotterdam 11 april 1986, *NJ* 1988, 486.

aangemerkt en bovendien kon hij zich hier niet beroepen op een exonerationclausule. Ook een onzorgvuldige schatting van de grootte van de te veilen kavels wordt de notaris aangerekend, zo blijkt uit een vonnis van het Hof 's-Gravenhage.⁵⁰⁵ Daarnaast zal de notaris de juiste en volledige omschrijving van het registergoed moeten onderzoeken, zodat bij de aan de potentiële bidders te verstrekken informatie geen verwarring ontstaat over hetgeen tot het te veilen registergoed behoort.⁵⁰⁶

2. Onderzoek naar de feitelijke staat

Men kan zich afvragen of de in het Kromjongh-Van Dijk c.s.-arrest uitgesproken 'hoge mate van zorgvuldigheid'-eis ook geldt voor het onderzoek ten aanzien van de *feitelijke* staat van het te executeren goed. De notaris mag immers een specialist genoemd worden waar het de juridische staat van het object betreft, maar voor de feitelijke staat van een woning zal de notaris eerder afgaan op het oordeel van bijvoorbeeld een makelaar of een bouwkundig expert dan op diens eigen waarneming.⁵⁰⁷

In een casus die reeds in 1996 voorlag aan het tuchtrechter van het Hof Amsterdam had de notaris dit, met betrekking tot de bouwkundige staat van het te veilen object, ook gedaan.⁵⁰⁸ In de uitspraak oordeelt het hoogste tuchtrechtorgaan dat de plicht tot het in acht nemen van een hoge mate van zorgvuldigheid ook geldt voor de informatieverstrekking met betrekking tot (en daarmee voor het onderzoek naar) de 'feitelijke, zoals de bouwkundige, situatie van de te veilen zaak'. Het Hof 's-Gravenhage lijkt van eenzelfde standpunt uit te gaan, in het arrest dat hiervoor onder 1C reeds is vermeld.⁵⁰⁹ De notaris wordt in dit arrest door het hof aansprakelijk gesteld voor een (zeer) onzorgvuldige schatting van de oppervlakte van een perceel. Dat oordeel lijkt vooral te berusten op de *ratio* achter de door de wet verplicht gestelde notariële tussenkomst bij executoriale verkoop, te weten de rechtszekerheid:

'De wetgever heeft bij het rechtsverkeer in onroerend goed in het algemeen de notariële tussenkomst voorgeschreven onder meer om onzorgvuldigheden – en daardoor geschillen en procedures – zo veel mogelijk te vermijden. Blijkens de Wet Ambtelijk Toezicht bij Openbare Verkopen heeft de wetgever de tussenkomst van de notaris of deurwaarder behoudens enkele uitzonderingsgevallen ook dwingend voorgeschreven voor openbare verkopen van roerende goederen, eveneens om onregelmatigheden waartoe een veiling gemakkelijk aanleiding kan geven zoveel mogelijk te voorkomen.

⁵⁰⁵ Hof 's-Gravenhage 12 september 1980, *NJ* 1981, 322.

⁵⁰⁶ Rb. Rotterdam 19 maart 2008, *LJN* BD2965. Zie ook Rb. Rotterdam 26 november 2008, *LJN* BG7984 (uit *Notamail* 2010/116 blijkt dat het vonnis in hoger beroep in stand blijft: Hof 's-Gravenhage 18 mei 2010, zaaknr. 200.028.808/01 (niet gepubl.)).

⁵⁰⁷ Zie ook Breedveld-de Voogd 2010, p. 109-110.

⁵⁰⁸ Hof Amsterdam (tuchtr.) 30 mei 1996, *PW* 21008.

⁵⁰⁹ Hof 's-Gravenhage 12 september 1980, *NJ* 1981, 322.

De *controlerende functie* die de notarissen en deurwaarders aldus op veilingterrein bezitten, brengt mee dat zij ook een *eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* hebben.⁵¹⁰

Hieruit volgt dat de verzwaarde onderzoeksplicht bij de executoriale verkoop wel degelijk ook ziet op de feitelijke staat. Mijns inziens strekt deze plicht echter minder ver dan hierboven is uitgewerkt voor het onderzoek met betrekking tot de juridische informatie. Als gezegd is de notaris op het gebied van de feitelijke staat geen expert. Hij wordt, zoals uitgewerkt in onderdeel 5.2.2, ingeschakeld als toezichthouder en coördinator, mede vanwege zijn juridische deskundigheid. Op het gebied van de juridische staat mag van hem dan ook een diepgravend onderzoek verwacht worden. Eenzelfde zorgplicht aannemen ten aanzien van feitelijke informatie gaat echter te ver. Ik meen dat de notaris hier kan volstaan met in acht nemen van zorgvuldigheid, zodat een zeer afwijkende schatting van de grootte – zoals in de casus die voorlag aan het Hof 's-Gravenhage – hem kan worden verweten. Vanwege het belang van informatie voor een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, zal hij onder omstandigheden wel gehouden zijn een deskundige in te schakelen voor een nader onderzoek naar de feitelijke staat. Het Hof Amsterdam overweegt in de voormelde uitspraak dan ook:

‘In het licht van de hiervoor geformuleerde zorgvuldigheidsnorm luidt de in casu beslissende vraag of N [de notaris, IV] zonder zelfstandig onderzoek mocht afgaan op bedoelde gegevens uit een oogpunt van de juistheid ervan, alsmede van de genoegzaamheid ervan in die zin dat derden, zoals K [de koper, IV], – die hunnerzijds onder omstandigheden ook een zelfstandige onderzoeksplicht hebben – in de opgenomen gegevens gereede aanleiding kunnen vinden zich desgewenst verdergaand te vergewissen van de hoedanigheden van het pand.

De in deze terzake doende passage in het veilingboekje luidt: [...]

Niet is gebleken noch gesteld dat deze passage enige onjuistheid bevat. Op basis van de daarin vervatte, weliswaar beperkte maar niet zonder in deze relevante signaalfunctie zijnde gegevens kon K als gegadigde *in redelijkheid rekening houden met het risico* dat het pand in slechte staat zou verkeren. Tevens moest althans kon hij daarin zeer wel aanleiding vinden zich tijdig verdergaand te oriënteren omtrent het object.⁵¹¹

Hoezeer het hof eerder in zijn oordeel nog aangaf dat de ‘hoge mate van zorgvuldigheid’-eis ook geldt voor feitelijke informatie, uit het citaat blijkt dat de zorgplicht volgens het hof toch minder ver strekt. De notaris had geen

⁵¹⁰ Cursivering toegevoegd door mij. Overigens geldt de Wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen ook thans nog. Dat betekent dat ook heden ten dagen de openbare verkoop bij opbod, bij opbod en afslag of bij afslag van *roerende zaken* ten overstaan van een notaris of deurwaarder moet plaatsvinden (art. 1 Wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen).

⁵¹¹ Hof Amsterdam (tuchtr.) 30 mei 1996, *PW* 21008. Cursivering toegevoegd door mij. In het citaat wordt ook de verhouding tussen de informatieplicht van de notaris en de onderzoeksplicht van de koper aangestipt, waarop in het volgende onderdeel nog wordt ingegaan.

onderzoek hoeven doen naar de bouwkundige staat van het object, een signalering volstond. Ook oordeelt het hof hier dat de notaris in beginsel (voor wat de feitelijke informatie betreft) mag afgaan op het oordeel van derden. Slechts indien voor de notaris aanleiding bestaat om aan de juistheid van de gegeven informatie te twijfelen, dient hij nader onderzoek in te stellen. De notaris die vlak voor de veiling een rapport gefaxt krijgt, waarin mededeling gedaan wordt van mogelijke bodemverontreiniging, is dan ook gehouden die informatie te controleren. De veiling moet in een dergelijk geval worden opgeschort, ten einde het onderzoek naar de juistheid van het rapport te controleren, zo oordeelde het Hof Amsterdam in 1999.⁵¹²

Bij het verstrekken van informatie die van derden afkomstig is, dient de notaris wel te vermelden dat die informatie door derden wordt gegeven. Dat geldt ook indien de notaris bijvoorbeeld in samenwerking met de makelaar de executoriale verkoop voorbereidt, maar dan wel voor zover het de feitelijke informatie betreft. Voor de juridische informatie heeft hij, zoals hiervoor betoogd, een eigen onderzoeksplicht.

5.2.5.3 Informatieplicht

Op grond van de in het vorige onderdeel besproken bijzonderheden bij de executoriale verkoop en dan met name de bijzondere positie van de koper mag van de notaris voor de informatieplicht eenzelfde *hoge mate van zorgvuldigheid* als bij de onderzoeksplicht verwacht worden. In dit onderdeel wordt deze informatieplicht nader besproken. Hierbij komt een drietal aspecten aan de orde. Allereerst de vraag in hoeverre informatie die een naar verwachting negatieve uitwerking heeft op de opbrengst *toch* aan potentiële bidders verstrekt moet worden. Ten tweede hoe de informatieplicht van de notaris zich verhoudt tot de onderzoeksplicht van de koper bij executoriale verkoop, met name ten aanzien van de professionele koper. Het derde aspect betreft de wijze en het tijdstip waarop de informatie aan de potentiële gegadigden moet worden verstrekt.

Hier wordt nog opgemerkt dat in dit onderdeel, evenals bij de bespreking van de onderzoeksplicht, de informatieplicht wordt uitgewerkt aan de hand van een aantal voorbeelden. Deze voorbeelden vormen geen uitputtend overzicht van de onderdelen van de informatieplicht van de notaris, maar dienen slechts ter illustratie van het betoog.

1. Informatie met een (vermoedelijk) negatieve uitwerking op de opbrengst

De informatie die de notaris bij de voorbereiding van de executoriale verkoop heeft verzameld kan ook aspecten betreffen met een vermoedelijk negatieve uitwerking op de opbrengst, zoals achterstallig onderhoud of erfpachtvoor-

⁵¹² Hof Amsterdam (tuchtr.) 29 april 1999, *WPNR* (6377) 1999, p. 820-821.

waarden die financiële verplichtingen voor de erfpachter meebrengen. De vraag die dan opkomt is in hoeverre de notaris deze informatie aan de potentiële bidders moet verstrekken. In dit geval speelt een aantal belangen, die met elkaar in strijd kunnen komen. Ten eerste het algemene uitgangspunt dat de notaris bij de executoriale verkoop dient te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Ten tweede speelt een rol dat de bidders een *reëel* bod moeten kunnen uitbrengen op het goed en dat het daarom voor hen van belang is dat zij zo veel mogelijk informatie over het goed hebben.⁵¹³ Ten slotte speelt een rol dat procedures *na* de verkoop, bijvoorbeeld door een koper die zich beroept op dwaling, zo veel mogelijk moeten worden voorkomen. In verband met dit laatste is het van belang dat geen onjuiste of onvolledige informatie wordt verstrekt. Hoe brengt de notaris deze belangen in evenwicht bij het verstrekken van informatie bij de executoriale verkoop?

Een tuchtrechtelijke uitspraak van het Hof Amsterdam biedt mijns inziens in dit geval een bruikbare maatstaf voor de notaris.⁵¹⁴ In casu ging het om de executoriale verkoop door een beslaglegger van een garagebox. Deze garage was niet meegeleverd bij de overdracht van de nabijgelegen woning in 2004, omdat de eigen kadastrale aanduiding van de garage over het hoofd was gezien. Op deze garagebox werd beslag gelegd door ABN Amro ten laste van de toenmalige verkoper. Deze beslaglegger gaf vervolgens aan de notaris de opdracht tot executoriale verkoop. Daarna werd de toenmalige verkoper in een procedure die door de koper was aangespannen veroordeeld de garagebox alsnog te leveren aan de koper. Het veroordelend vonnis werd ingeschreven in de openbare registers en trad daarmee in de plaats van de leveringsakte ex art. 3:300 lid 2 BW. Vervolgens vond de executoriale verkoop van de garage plaats. In de tuchtrechtelijke procedure staat de vraag centraal of de notaris voorafgaande aan deze executoriale verkoop melding had moeten maken van de levering bij veroordelend vonnis aan de koper. Het Hof Amsterdam oordeelt:

‘Aan de notaris komt een zekere vrijheid toe om ter veiling slechts die aanvullende of afwijkende gegevens te vermelden die *relevant zijn voor de gegadigden ter veiling* of die *betrekking hebben op een te respecteren belang van enige bij de veiling betrokkene*. In het onderhavige geval is het hof van oordeel dat de mededeling van veilingmeester als onder 5.4 omschreven met betrekking tot het gebruik van de garage door derden, voldoende is geweest. De notaris kon onder de gegeven omstandigheden tot het oordeel komen dat tegenover het belang van de executerende schuldeiser om door mededelingen ter veiling geen onnodige verwarring te creëren, geen te respecteren belang van klagers of derden stond.’⁵¹⁵

⁵¹³ Zie onderdeel 4.4.2.

⁵¹⁴ Hof Amsterdam (tuchtr.) 5 juli 2007, *LJN* BA9115.

⁵¹⁵ Cursivering toegevoegd door mij. Vgl. Hoge Raad 2 februari 2007, *NJ* 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA Management/Stichting Meerhuysen).

Voortredenerend op deze uitspraak kan worden gesteld dat de notaris bij de executoriale verkoop slechts die informatie dient te verstrekken die ofwel relevant is voor de (potentiële) bidders, ofwel betrekking heeft op een te respecteren belang van een bij de executoriale verkoop betrokkene. Deze informatie is zowel voldoende voor het uitbrengen van een reëel bod, als voor het voorkomen van procedures na de verkoop. Overigens, in art. 2 lid 3 AVVE staat ten onrechte dat de notaris de gegadigden hierover *desgevraagd* informeert. Gräler stelt dat deze bepaling geen recht doet aan de actieve rol van de notaris bij de executoriale verkoop.⁵¹⁶ De notaris zal deze informatie uit zichzelf moeten verstrekken.

Ten aanzien van de informatie die relevant is voor de gegadigden bij de executoriale verkoop zijn met name twee van de onder 5.2.5.2 besproken aspecten interessant: de rechtstoestand van het goed en de juiste omschrijving van het goed. De tweede categorie informatie betreft de belangen van betrokkenen. Zoals uit de hiervoor geciteerde uitspraak volgt, behoeven alleen de belangen van die betrokkenen te worden gewaarborgd die een rechtens te respecteren belang hebben.

Nu beide categorieën in het voorgaande ruimschoots ter sprake zijn gekomen, wordt volstaan met een verwijzing naar onderdeel 5.2.5.2 en 5.2.4.

Uit de uitspraak van het Hof Amsterdam kunnen weliswaar handvatten worden afgeleid voor de aan potentiële gegadigden te verstrekken informatie, toch zal de notaris bij iedere executoriale verkoop steeds een eigen afweging moeten maken of de informatie zal moeten worden meegedeeld. Dit wordt ook duidelijk uit de uitspraak, waar het hof overweegt dat aan de notaris bij het verstrekken van informatie *een zekere vrijheid* toekomt. Het gaat om een afweging van de notaris op grond van de gevolgen voor de netto-opbrengst, de mogelijkheid van het uitbrengen van een reëler bod en het voorkomen van procedures.

2. Informatieplicht van de notaris versus onderzoeksplicht van de koper

Een tweede aspect dat bij de bespreking van de informatieplicht van de notaris van belang is, betreft de verhouding van de informatieplicht van de notaris tot de onderzoeksplicht van de koper bij de executoriale verkoop. Een bruikbaar uitgangspunt daarbij biedt een enigszins cryptische overweging in het arrest Praedium/Elvestia:

‘Maar bovendien speelt de ervaring van de potentiële kopers bij de vaststelling van de betekenis van het aanbod van de appartementen op de veiling in beginsel geen rol, althans niet in een geval als – naar het hof aanneemt – hier, waarin zich het veiling-

⁵¹⁶ Gräler 2004.

aanbod niet tot een bepaalde groep, ervaren professionele kopers, richt. Op een veiling kan het aanbod niet een wisselende betekenis hebben al naar gelang van de kwalificaties van de bieder.’⁵¹⁷

Op basis van dit arrest kan het uitgangspunt worden aangenomen dat de notaris bij de executoriale verkoop zijn informatie in beginsel moet richten op een zo groot mogelijk publiek.⁵¹⁸ De informatie die de notaris verstrekt, zal gericht moeten zijn op het publiek. Hierbij past de nuancering dat de concrete invulling van de informatieplicht afhankelijk is van het *te verwachten publiek* (de potentiële bidders voor het goed). Zo zal de notaris bij het verstrekken van informatie bij de executoriale verkoop van een bedrijfspand rekening moeten houden met professionele kopers, terwijl hij zich bij de executoriale verkoop van een woning tot zowel particulieren als professionele kopers zal moeten richten. Is het tevoren voor de notaris niet in te schatten welk publiek op de executoriale verkoop zal afkomen dan zal hij zijn informatie moeten richten tot een zo groot en homogeen mogelijk publiek.

Voor de verhouding tussen de informatieplicht van de notaris en de onderzoeksplicht van de koper kan uit het arrest worden afgeleid dat de door de notaris verstrekte informatie voor de te verwachten groep geïnteresseerden voldoende duidelijk dient te zijn. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in 2008 dat de notaris meer duidelijkheid had moeten geven over het aantal gebouwtjes dat bij de te veilen zaak hoorde, ‘nu dit een omstandigheid was waarvan hij wist althans heeft moeten begrijpen dat deze relevant was voor [gedaagde] en dat die hiervan mogelijk niet op de hoogte was’.⁵¹⁹ Heeft de notaris niet aan deze informatieplicht voldaan dan kan hij hierop door de veilingkoper, die bij het uitbrengen van zijn bod is uitgegaan van onjuiste of onvolledige informatie, worden aangesproken. In het geval van de Rechtbank Rotterdam kon de koper zich succesvol beroepen op dwaling, nu de notaris een ‘te eenzijdig en te rooskleurig beeld’ had geschetst door de geïnteresseerden er niet op te wijzen dat een bijgebouw niet tot het te veilen goed behoorde.

Als de notaris voldoende duidelijke informatie heeft verstrekt met het oog op de te verwachten bidders dan komt de onderzoeksplicht van de koper die zich op de

⁵¹⁷ Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009, 58 m.nt. J.W.A. Biemans (Praedium/Elvestia).

⁵¹⁸ Vgl. Hof Amsterdam (tuchtr.) 30 mei 1996, *PW* 21008: ‘Het hof stelt voorop dat de informatieplicht van een notaris ten aanzien van een koper op de veiling, mede gebaseerd is op de vooronderstelling dat de koper een leek is. Het enkele feit dat de koper/klager in het onderhavige geval bouwkunde heeft gestudeerd doet niet af aan na te melden verantwoordelijkheid van de notaris (N) op het informatieve vlak met betrekking tot de inhoud van het veilingboekje.’

⁵¹⁹ Rb. Rotterdam 19 maart 2008, *LJN* BD2965.

onjuiste of onvolledige informatie beroept aan de orde.⁵²⁰ Met name voor de professionele veilingkoper geldt een zware onderzoeksplicht, zo blijkt uit een andere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.⁵²¹ De rechter oordeelde hier allereerst dat de door de notaris verstrekte informatie geen onduidelijkheden bevatte, om vervolgens te overwegen dat indien van de zijde van de koper wél onduidelijkheid bestond de koper navraag had moeten doen:

‘Van haar had verwacht mogen worden dat zij de notaris zou hebben gewezen op de discrepantie tussen de omschrijving van en de mededeling over het object. Deze “verzwaarde” onderzoeksplicht geldt in ieder geval voor De Tower omdat zij een professionele handelaar en bemiddelaar van onroerend goed is. Van een dergelijke professionele partij mag verwacht worden dat zij zich, voorafgaand aan en tijdens de veiling, althans in ieder geval voorafgaand aan het bieden, deugdelijk informeert over de objecten waar zij belangstelling voor heeft. Opmerkelijk is echter dat De Tower niet stelt dat zij enig voorbereidend onderzoek heeft gedaan.’

Een arrest waarin de professionaliteit van de koper bij executoriale verkoop ook van belang werd geacht, is het arrest NBA Management/Stichting Meerhuysen.⁵²² In dit arrest draaide het om de uitleg van een kettingbeding dat was opgenomen in de veilingvoorwaarden en als volgt was geformuleerd:

‘Koper verplicht zich jegens de verkoper of diens rechtsopvolger(s), die dat hierbij aanvaardt, op straffe van verbeurte van een (...) boete, groot eenhonderdduizend gulden (...):

- a. om niet het gebruiksrecht van de zolderetage op de vierde verdieping af te staan aan een nader door verkoper of diens rechtsopvolger(s) aan te wijzen derden(n), zijnde (...) [Meerhuysen];
- b. medewerking te verlenen tot het zogenaamde ‘ondersplitsen’ door verkoper of zijn rechtsopvolger van het lidmaatschap, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de woning op de tweede verdieping met berging, bestaande uit de aan de voorzijde gelegen helft van de zolderverdieping, in die zin dat die halve zolderverdieping, na daartoe van overheidswegen verkregen vergunning, een afzonderlijk lidmaatschap wordt en dat afzonderlijke lidmaatschap te leveren aan de door verkoper of diens rechtsopvolger(s) aan te wijzen derde(n), de kosten van één en ander zijn niet voor rekening van de koper of de coöperatie;
- c. zolang verkoper of diens rechtsopvolger(s) dit wenst de hiervoor omschreven helft van de zolderverdieping middels tussenmeters van gas, water en elektra te voorzien.
[...]

⁵²⁰ Anders: Pres. Rb. Groningen 17 augustus 1992, *KG* 1992, 323 (Warners/Rabobank). Omdat de uitspraak handelt over roerende zaken en een veiling die niet ten overstaan van de notaris plaatsvindt, wordt deze uitspraak hier niet verder besproken.

⁵²¹ Rb. Rotterdam 26 november 2008, *LJN* BG7984. Uit *Notamail* 2010/116 blijkt dat het vonnis in hoger beroep in stand blijft: Hof 's-Gravenhage 18 mei 2010, zaaknr. 200.028.808/01 (niet gepubliceerd). Zie ook KvT Leeuwarden 4 juli 2007, nr. 2-2007, *Notariaat Magazine* september 2007, p. 43.

⁵²² Hoge Raad 2 februari 2007, *NJ* 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA Management/Stichting Meerhuysen). Hierover ook: Gräler 2007.

Na executoriale verkoop en levering aan NBA Management blijkt dat Meerhuysen (ten behoeve van wie het kettingbeding is gemaakt) de betreffende zolderruimte verhuurde aan derden. De vraag die hier voornamelijk speelt, is of Meerhuysen hiertoe op grond van het kettingbeding gerechtigd was. Bij de beantwoording van deze vraag speelt mee dat in de veilingvoorwaarden de rechtspositie van een derde, namelijk de uiteindelijke koper, wordt geregeld. De Hoge Raad overweegt dan ook allereerst dat bij de uitleg een toespitsing van de welbekende Haviltex-norm op een *geobjectieeerde maatstaf* in de rede ligt. Daarbij zijn van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.⁵²³ Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat enerzijds een veilingkoper voor de vaststelling van de betekenis van het betreffende beding doorslaggevend gewicht mag toekennen aan de bewoordingen van het beding, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de veilingvoorwaarden. Anderzijds echter moet acht worden geslagen op de omstandigheden van het geval, zoals bijvoorbeeld onduidelijkheden in de tekst van het beding en vragen die het beding bij eerste lezing ervan oproept. Daarbij kunnen de kennis, ervaring en deskundigheid van de aspirant-veilingkoper een rol spelen ten aanzien van de vraag wat van hem en zijn onderzoek mag worden verwacht. Een andere omstandigheid kan zijn dat het beding is opgenomen ten behoeve van iemand die geen partij is bij de executie en in zoverre ten opzichte van de veilingkoper als derde moet worden beschouwd, aldus rechtsoverweging 3.5.1 van de Hoge Raad. Daarmee wordt voor de vraag of de koper gebonden is aan het betreffende beding in de veilingvoorwaarden onder meer van belang geacht de kennis, ervaring en deskundigheid van deze koper. Dat lijkt mij, mede gezien het hiervoor op grond van het arrest Praedium/Elvestia betoogde, juist.

3. Tijdstip en wijze van informatievoorziening

Naast het verstrekken van de juiste en volledige informatie, is ook van belang op welke wijze en op welk moment deze informatie naar buiten wordt gebracht. Daarvoor geldt in de eerste plaats dat de door de notaris te verstrekken informatie zowel voor de openbare als voor de onderhandse executoriale verkoop van belang is. Daarom zal de notaris zijn informatie moeten verstrekken vóór het aflopen van de termijn van het doen van onderhandse biedingen (art. 547 lid 2 BW: twee weken vóór de executoriale verkoop). Omdat dit onderwerp reeds is besproken in onderdeel 4.4.2.2, wordt hier naar dat onderdeel verwezen.

Wat betreft de *wijze* van informatievoorziening wordt hier allereerst opgemerkt dat de opkomst van internet het beschikbaar stellen van informatie aanzienlijk heeft vereenvoudigd. Niet alleen kan de informatie met minder kosten aan een

⁵²³ Hoge Raad 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

groot publiek bekend worden gemaakt, maar tevens biedt het de mogelijkheid zoveel mogelijk informatie te publiceren. De hierboven besproken voorbeelden kunnen vrijwel allemaal op internet worden gepubliceerd; denk aan een kadastrale kaart, erfpachtvoorwaarden, een kostenoverzicht en besluiten van de vereniging van eigenaars.

Uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam volgt dat ook de *inhoud* van de lasten en beperkingen met betrekking tot het goed onder omstandigheden door de notaris moeten worden onderzocht en meegedeeld.⁵²⁴ In de casus die aan het vonnis ten grondslag ligt, en die overigens betrekking heeft op een reguliere verkoop en overdracht, draaide het om een ten aanzien van het registergoed ingeschreven aanschrijving in de zin van de Woningwet, waarover in de koopovereenkomst (zonder tussenkomst van de notaris tot stand gekomen) niets was vermeld. Sterker nog, hierin was expliciet opgenomen dat *geen* aanschrijvingen waren gedaan.

In de leveringsakte had de notaris wel melding gemaakt van de aanschrijving. Daarnaast was een vrijwaring opgenomen ten behoeve van verkoper ten aanzien van deze aanschrijving. Ná de overdracht bracht de gemeente Rotterdam €20.961,83 aan de koper in rekening, in verband met de kosten die de gemeente had gemaakt uit hoofde van de aanschrijving. Koper spreekt daarop de notaris aan, stellende dat de notaris navraag had moeten doen naar de mogelijke gevolgen van de aanschrijving en de koper had moeten attenderen op de mogelijkheid dat de kosten met betrekking tot de aanschrijving bij koper in rekening konden worden gebracht. De rechtbank is van oordeel dat de notaris is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. De notaris had weliswaar navraag gedaan bij de gemeente, maar zich er te snel bij neergelegd dat er geen reactie kwam. Evenmin had de notaris bij het passeren van de leveringsakte navraag gedaan bij verkoper. Daarnaast had hij koper moeten informeren over de kosten en risico's in verband met de aanschrijving. De notaris is dan ook toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van de verbintenis en zodoende gehouden tot schadevergoeding aan koper.

Doordat de informatie voortijdig beschikbaar wordt gesteld aan de potentiële bidders, lijkt het mij niet nodig deze informatie nogmaals te vermelden als het tot een openbare veilingzitting komt. Dit houdt de voortgang van de veilingzitting onnodig op. In verband hiermee zal de informatie echter wel vindbaar en toegankelijk moeten zijn voor de potentiële bidders. In de advertentie die hij op grond van art. 516 lid 1 Rv in een plaatselijk verspreid dagblad plaatst, zal de notaris moeten verwijzen naar de website waarop meer informatie te vinden is. De notaris kan de informatie daarnaast ter inzage beschikbaar stellen op zijn kantoor. Voor onervaren particuliere kopers kan daarnaast extra voorlichting aangewezen zijn. De notaris zal zich daarvoor voorafgaande aan de executoriale verkoop beschikbaar moeten houden.

Indien zich echter vlak vóór de zitting gebeurtenissen voordoen die van belang zijn om te vermelden, zal de notaris deze wél moeten meedelen bij de zitting. Bovendien kan het onder omstandigheden van belang zijn expliciet te wijzen op bijzonderheden waarop de potentiële bidders niet bedacht zouden kunnen zijn.

⁵²⁴ Rb. Rotterdam 17 december 2008, *LJN* BG8329.

Bijvoorbeeld de verhuur van een woning, welke verhuur niet door de hypotheekhouder of veilingkoper kan worden vernietigd. De notaris kan in dergelijke gevallen een extra waarschuwing kan plaatsen in de aankondiging van de executoriale verkoop; in het plaatselijk verspreide dagblad dan wel op de website(s) waarop de veiling wordt aangekondigd.

5.3 De rol van de hypotheekhouder bij de executoriale verkoopprocedure

In dit onderdeel komt aan de orde welke verantwoordelijkheden de hypotheekhouder heeft jegens met name de hypotheekgever bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden bij de executoriale verkoopprocedure. Daarbij wordt allereerst besproken welke verantwoordelijkheden de hypotheekhouder heeft *voorafgaande* aan de executoriale verkoop. Centraal daarbij staat de vraag welke verantwoordelijkheden er op de hypotheekhouder rusten om de executoriale verkoop te voorkomen. Vervolgens wordt ingegaan op de rol van de hypotheekhouder *gedurende* de executoriale verkoopprocedure.

5.3.1 Het voorkomen van de executoriale verkoop

Indien de hypotheekgever in verzuim is met zijn verplichtingen waarvoor het hypotheekrecht tot waarborg strekt is de hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed te verkopen, zo volgt uit art. 3:268 BW. Omdat enkel verzuim van de hypotheekgever voldoende is voor het ontstaan van de bevoegdheid tot executoriale verkoop heeft de hypotheekhouder een bevoegdheid die hem in staat stelt op relatief snelle en eenvoudige wijze over te gaan tot verhaal, teneinde zijn vordering voldaan te krijgen. De verstreckende gevolgen van deze verkoop voor de hypotheekgever en andere betrokkenen, rechtvaardigen desalniettemin dat de hypotheekhouder, ondanks zijn bevoegdheid daartoe op grond van de wet, in geval van verzuim niet direct en onbezonnen tot verkoop overgaat.

In onderdeel 4.3.1 is besproken dat deze verstreckende gevolgen een grondslag vormen voor het hoofddoel van de executoriale verkoop op microniveau. Bij de bespreking van de zorgplichten van de notaris in onderdeel 5.2.4.1 vormden deze verstreckende gevolgen een grondslag voor de zorgplicht jegens de hypotheekgever. In dit onderdeel vormen zij de hoofdreden voor de stelling dat de executoriale verkoop in eerste instantie zo veel mogelijk moet worden voorkomen. De mogelijkheden daartoe komen eveneens ter sprake. Daarnaast wordt besproken dat het zoeken naar alternatieve oplossingen uitzondering kan lijden in geval van bijzondere omstandigheden, zoals fraude of oneigenlijk gebruik van de woning aan de zijde van de hypotheekgever.

Hierbij past nog de opmerking dat ook de hypotheekhouder er veelal de voorkeur aan zal geven de executoriale verkoop zo veel mogelijk te voorkomen.

Vanwege het gedwongen karakter van de executoriale verkoop zal veelal sprake zijn van een ‘korting’ op de prijs bij reguliere (vrijwillige) verkoop.⁵²⁵ Daarnaast zal de negatieve publiciteit en het reputatierisico als gevolg van (een te snelle) executoriale verkoop een prikkel geven de executoriale verkoop in eerste instantie zo veel mogelijk te voorkomen. Dit geldt temeer in tijden van laagconjunctuur en bij andere omstandigheden waarin de opbrengst naar verwachting onvoldoende is om de vordering van de hypotheekhouder te voldoen, bijvoorbeeld omdat de woning voor meer dan 100 procent van de waarde is gefinancierd en er tussentijds niet is afgelost.

De executoriale verkoop zal derhalve ook voor de hypotheekhouder veelal het laatste middel zijn om de voldoening van zijn vordering zeker te stellen.⁵²⁶

Ter illustratie wordt hier gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Roermond.⁵²⁷ In deze uitspraak draait het om een executiegeschil dat is aangespannen door de hypotheekgever, nadat de hypotheekhouder de executoriale verkoop had opgestart. Opvallend is dat de voorzieningenrechter als vaststaand aanneemt dat de hypotheekhouder gedwongen was de executoriale verkoop over te nemen, als gevolg van een door beslagleggers in gang gezette executoriale verkoopprocedure.⁵²⁸ Gedurende de procedure blijkt echter dat de hypotheekhouder liever niet tot executoriale verkoop overgaat, omdat deze naar verwachting voor alle partijen schade oplevert; de opbrengst is naar verwachting onvoldoende om de vorderingen van de hypotheekhouder (en dus de beslagleggers) te voldoen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de hypotheekhouder in beginsel vrij is zijn rechten uit te oefenen. Nu de hypotheekhouder echter stelt dat hij niet wil executeren en zich achter de hypotheekgever schaaft, wordt het executieverbod toegewezen. Dit verbod heeft evenwel slechts betrekking op de executoriale verkoop als gevolg van het beslag; voor het overige blijft de hypotheekhouder vrij om tot executoriale verkoop over te gaan, aldus de voorzieningenrechter.

Desondanks is het interessant te bezien welke grenzen in de wet- en regelgeving, jurisprudentie alsmede in de literatuur worden gesteld aan de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot executoriale verkoop bij verzuim van de hypotheekgever. In dit onderdeel zal daarom aan de hand van deze bronnen worden besproken onder welke omstandigheden de hypotheekhouder bij een achterstand in de hypothecaire verplichtingen juist wel of niet mag overgaan tot executoriale verkoop. Bij bestudering van deze bronnen valt op dat de hypotheekhouder weliswaar op grond van de wet bevoegd is tot executoriale verkoop bij een enkel verzuim, maar dat deze bevoegdheid in de regelgeving op lager niveau en de jurisprudentie onder omstandigheden wordt ingeperkt.

⁵²⁵ Zie onderdeel 3.2.2 en 4.4.2.3.

⁵²⁶ Zie ook de voorbeelden onder 5.3.1.1.

⁵²⁷ V.zr. Rb. Roermond 6 november 2009, *LJN* BK2840.

⁵²⁸ Waarom de hypotheekhouder op grond van zijn algemene voorwaarden *gedwongen* was de executoriale verkoop over te nemen blijkt niet uit de uitspraak.

In dit onderdeel worden overigens voornamelijk uitspraken van de afgelopen tien jaren besproken. De reden hiervoor is tweeledig. Ten eerste wordt hiermee een actueel beeld van de jurisprudentie op dit gebied gegeven en ten tweede zijn de overige, oudere uitspraken veelal reeds in andere literatuur besproken. Opmerking verdient nog dat deze uitspraken sterk casuïstisch zijn. Omdat hieruit evenwel enkele algemene uitgangspunten kunnen worden afgeleid, worden zij toch gebruik als aanknopingspunten voor de analyse.

5.3.1.1 De invulling van art. 6:81 e.v. BW in de jurisprudentie en de hypotheekakte

Art. 3:268 BW stelt, als gezegd, aan de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot executoriale verkoop de eis dat de hypotheekgever in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. Art. 6:81 e.v. BW zien op de vraag wanneer sprake is van verzuim. Uit art. 6:82 BW blijkt dat eerst sprake is van verzuim, indien de schuldenaar schriftelijk in gebreke is gesteld en nakoming binnen een bij de ingebrekestelling gestelde *redelijke termijn* uitblijft.⁵²⁹ De hypotheekhouder dient op grond van deze bepaling aan de schuldenaar eerst een redelijke termijn te stellen waarbinnen de schuldenaar alsnog zijn verplichtingen moet nakomen.⁵³⁰ Komt de schuldenaar zijn verplichtingen niet binnen deze termijn na, dan is hij in verzuim.⁵³¹

Bij de vraag of sprake is van verzuim moet ook acht worden geslagen op de bepalingen in de hypotheekakte en algemene voorwaarden omtrent de opeisbaarheid van de lening.⁵³² Hierin is opgenomen wanneer de rente en, in

⁵²⁹ Het verdient (om bewijstechnische redenen) de voorkeur de ingebrekestelling aangetekend te versturen. Vgl. rechtsoverweging 4.7 in Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 23 april 2010, *LJN* BM3297.

⁵³⁰ Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Arnhem 9 december 2010, *LJN* BP0300: termijn van ± één week is (ook na diverse betalingsafspraken die niet worden nagekomen) geen redelijke termijn.

⁵³¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle 22 mei 2008, *LJN* BD5452: hypotheekgever is diverse malen aangemaand en daarbij zijn termijnen gesteld. Vanwege niet nakoming heeft hypotheekhouder de lening opgeëist, waarbij nog een termijn van veertien dagen is gesteld om na te komen. Daar heeft schuldenaar wederom niet aan voldaan. De rechter oordeelt dat de hypotheekhouder rechtsgeldig kon overgaan tot executoriale verkoop. Zie ook Vزر. Rb. Assen 19 april 2006, *LJN* AW3033: indien de hypotheekhouder zelf in verzuim verkeert, treedt het verzuim aan de zijde van de hypotheekgever niet in.

⁵³² Daarnaast zullen ook andere overeenkomsten tussen kredietnemer en kredietgever een rol spelen. Zie voor een voorbeeld Vزر. Rb. Zutphen 12 augustus 2005, *LJN* AU4791: in de hypotheekakte zijn bepalingen opgenomen over opeisbaarheid die niet stroken met de akte van achterstelling. De voorzieningenrechter verbiedt de hypotheekhouder tot executoriale verkoop over te gaan, omdat daarvoor op grond van de akte van achterstelling eerst de eerste hypotheekhouder voldaan moet zijn ofwel toestemming moet zijn verkregen van de eerste hypotheekhouder.

voorkomende gevallen, de aflossing betaald moet worden.⁵³³ In dergelijke gevallen treedt op grond van art. 6:83 sub a BW het verzuim van rechtswege in en is dan geen ingebrekestelling vereist.⁵³⁴ Het is dan ook in principe niet nodig de hypotheekgever een redelijke termijn te geven om alsnog na te komen. Desondanks wordt veelal wel een schriftelijke ingebrekestelling verstuurd. Daarbij wordt aan de hypotheekgever ook een termijn gesteld voor de nakoming, analoog aan art. 3:82 BW.

Daarnaast is in de hypotheekakte (of de bijbehorende algemene voorwaarden) veelal een groot aantal gevallen opgesomd waarin de hypothecaire lening opeisbaar wordt.⁵³⁵ Voorbeelden zijn faillissement, surseance van betaling (in geval van een onderneming, art. 214 lid 4 Fw) of schuldsanering (bij natuurlijke personen, art. 284 lid 1 Fw), beslaglegging en verhuur.⁵³⁶ Ook hier zal de hypotheekhouder de route van art. 6:82 BW moeten volgen, waarna hij kan overgaan tot executoriale verkoop.

Uit een aantal uitspraken blijkt dat, ondanks de korte termijn waarbinnen de hypotheekhouder op grond van het bovenstaande tot executoriale verkoop kan overgaan, veelal toch eerst bij verzuim de mogelijkheden die nog bestaan tot het voorkomen van de verkoop in veel gevallen zorgvuldig moeten worden bekeken. Een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie is hierna weergegeven, waarbij de laatste uitspraak een uitzondering vormt op deze conclusie.

Enkele voorbeelden, waarbij de rechter het voortraject toetst in een geschil met betrekking tot het overgaan tot executoriale verkoop door de hypotheekhouder:

- V.zr. Rb. Arnhem 26 april 2010, *LJN* BM6303: de hypotheekhouder heeft al ruim een jaar geen hypotheekpenningen ontvangen, ondanks meerdere aanmaningen tot betaling daarvan. Daarnaast kan hypotheekgever geen toezegging doen dat achterstand zal worden ingelopen. Geen misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad of strijd met redelijkheid en billijkheid.

⁵³³ Bijvoorbeeld: de rente moet maandelijks per achterafbetaling worden voldaan op de laatste dag van elke maand.

⁵³⁴ Een ingebrekestelling is evenmin vereist als de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding wegens niet-nakoming ex art. 6:74 BW (art. 6:83 sub b BW), dan wel wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten (art. 6:83 sub c BW). Zie voor een voorbeeld van art. 6:83 sub c BW: V.zr. Rb. 's-Gravenhage 11 december 2009, *LJN* BK6374: mededeling inzake niet nakoming ongedaanmakingsverplichting na ontbinding turn key-overeenkomst.

⁵³⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 394.

⁵³⁶ Zie voor een voorbeeld Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1857 (Massagesalon 'Aphrodite': in strijd met hypotheekakte gesloten huur- en huurkoopovereenkomst). Zie ook Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BJ4123, r.o. 4.2 (faillissement rekeninghouder); V.zr. Rb. Arnhem 25 oktober 2006, *LJN* AZ0899 (nalatig in nakoming verplichtingen jegens hypotheekhouder én verhuur in strijd met huurbeding in hypotheekakte).

- Vزر. Rb. Almelo 30 juni 2008, *LJN* BD6302: hypotheekhouder heeft steeds bereidheid tot treffen van regeling getoond, zoals verkoop van de woning op termijn en kwijtschelding van €100.000,-. Voorzieningenrechter kan zich niet aan de indruk onttrekken dat hypotheekgever zich steeds aan betalingsverplichting tegenover hypotheekhouder heeft willen onttrekken, in plaats van met serieuze oplossing voor financiële tegenvaller te komen. Geen onrechtmatige daad dan wel misbruik van bevoegdheid.
- Rb. Zwolle-Lelystad 22 mei 2008, *LJN* BD5452: hypotheekhouder heeft hypotheekgever diverse malen schriftelijk aangemaand tot nakoming, waaraan de hypotheekgever niet heeft voldaan. Aan twee betalingsregeling is evenmin voldaan. Hypotheekhouder is zorgvuldig met belangen hypotheekgever omgegaan en hoeft geen nieuwe betalingsregeling te treffen.
- Vزر. Rb. Arnhem 26 maart 2007, *LJN* BA5395: de hypotheekhouder heeft de hypotheekgever bijna drie jaar de tijd gegeven om orde op zaken te stellen en de achterstanden op financieel gebied in te lopen, voordat tot opzegging werd overgegaan. Bovendien biedt nog slechts de (privé) woning van de hypotheekgevers verhaal voor de vorderingen die zakelijk zijn ontstaan en hebben de beslagleggers op executoriale verkoop aangedrongen. Vordering tot staking executoriale verkoop wordt afgewezen, omdat geen omstandigheden of redenen zijn aangevoerd die maken dat hypotheekhouder onevenredig zwaar in zijn belang wordt getroffen.
- Vزر. Rb. Groningen 1 april 2005, *LJN* AT3186: een van de verhypotheekte panden is verkocht, een financier is bereid een lening te verstrekken van €800.000,- en het is voldoende aannemelijk dat doorstart kans van slagen heeft, maar niet als de executoriale verkoop wordt doorgezet. De executieopbrengst is bij uitstel weliswaar lager, maar voldoende om de vordering van de hypotheekhouder te voldoen. Daarnaast heeft de hypotheekgever de toezegging gedaan op de dag van de zitting nog een bedrag van €100.000,- aan de hypotheekhouder te voldoen ter betaling van (een deel van) de reeds gemaakte executiekosten en de hypothecaire vordering. Voorzieningenrechter schorst de executoriale verkoop voor één maand.

Voor de hypotheekhouder zal de dreiging van een *rechterlijk halt* op de executoriale verkoop een rol kunnen spelen. Waar de hypotheekhouder op grond van de wet en de hypotheekakte en algemene bepalingen zijn bevoegdheid snel kan inzetten, biedt de wet de hypotheekgever diverse mogelijkheden om bij de rechter voor zijn belang op te komen. Zoals ook hierna nog duidelijk zal worden, biedt dit de gelegenheid tot het toetsen van de beslissing om tot executoriale verkoop over te gaan aan de omstandigheden van het geval. Nu de verkoop van de woning voor de hypotheekgever grote gevolgen zal meebrengen, zal de rechter de hypotheekhouder veelal terugfluiten indien bij een enkel verzuim en zonder dat andere mogelijkheden zijn onderzocht direct het zware middel van executoriale verkoop wordt ingezet. Het gevolg zal zijn dat onnodig proceskosten zijn gemaakt en de verhouding tussen hypotheekhouder en -gever (en wellicht ook overige betrokkenen) verstoord is. Deze dreiging kan de hypotheekhouder er eveneens van doen weerhouden (te) snel de verkoopprocedure op te starten.

Ter illustratie hiervan wordt gewezen op een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch:

‘Weliswaar is juist dat de bank als hypotheekhouder – indien de hypotheekgever in verzuim is met aflossing van het hypothecaire krediet – in beginsel het recht van parate executie heeft, maar de omstandigheden van het geval kunnen met zich brengen dat de bank niet tot executie mag overgaan zonder voorafgaand overleg over voorstellen van de hypotheekgever die ertoe strekken een hogere opbrengst voor het te executeren goed te verkrijgen. Of het weigeren van zodanig overleg met zich brengt dat de bank misbruik maakt van haar recht op parate executie c.q. onrechtmatig handelt jegens de geëxecuteerde dient te worden beoordeeld op grond van alle concrete omstandigheden van het geval, waarbij mede betekenis toekomt aan de maatschappelijke functie van de bank in het kader van kredietverlening en kredietbeëindiging en de in dat kader op de bank rustende zorgplichten.’⁵³⁷

De bijzondere zorgplicht uit hoofde van de maatschappelijke functie van de bank, waarover het hof hier spreekt, wordt in het volgende onderdeel nader besproken. Voor dit onderdeel is van belang dat het hof hier overweegt dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de bank (hypotheekhouder) niet zonder voorafgaand overleg mag overgaan tot executoriale verkoop. In dit geval zag het overleg op voorstellen van de hypotheekgever die strekten tot het verkrijgen van een hogere opbrengst.

Ik zou het bovenstaande in zoverre willen aanscherpen dat bij verzuim van de particuliere hypotheekgever en een als gevolg daarvan dreigende executoriale verkoop van een woning in beginsel steeds voorafgaand overleg moet plaatsvinden. Dat overleg kan, zoals in de casus die aan het hof werd voorgelegd, zien op een alternatieve wijze van verkoop, maar zal in de eerste plaats moeten zien op de mogelijkheden die nog resten om een (reguliere dan wel executoriale) verkoop te voorkomen, bijvoorbeeld door het inlopen van de achterstand door de hypotheekgever of door herfinanciering van de schulden bij een andere bank. Indien de hypotheekgever hiertoe niet in staat blijkt, zullen hypotheekhouder en hypotheekgever moeten overleggen over de mogelijkheden tot een *vrijwillige* (reguliere) verkoop.⁵³⁸ Een dergelijke verkoop zal in de regel leiden tot een hogere opbrengst dan bij executoriale verkoop kan worden behaald. Nu zowel de hypotheekhouder als de hypotheekgever (en de overige betrokkenen) hiermee geholpen zijn, zal in beginsel steeds moeten worden gezien of een vrijwillige verkoop tot de mogelijkheden behoort.

Hierbij zal echter ook acht moeten worden geslagen op de mate waarin verder uitstel zal leiden tot hogere kosten dan wel een lagere netto-opbrengst. Als op

⁵³⁷ Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, *LJN* BN0872.

⁵³⁸ Het woord *vrijwillig* ziet hier op de verbintenisrechtelijke kwalificatie van de verkoop, die van belang is voor de wetsbepalingen die op de verkoop van toepassing zijn. Dat van enige dwang sprake is moge duidelijk zijn.

korte termijn geen vrijwillige verkoop met een hogere opbrengst te verwachten is, zal de hypotheekhouder in beginsel tot executoriale verkoop kunnen overgaan. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Groningen:

‘Uitstel van de veiling zal dan immers enkel leiden tot hogere kosten en een lagere boedelopbrengst, hetgeen ook ten nadele van [de hypotheekgevers] zal zijn. Van een noodsituatie in de zin dat [de hypotheekgevers] hun woning op stel en sprong zullen moeten verlaten is evenmin sprake, nu zij gedurende een jaar de gelegenheid hebben gehad hun schulden af te lossen en dusdoende de veiling te voorkomen en zij bovendien zelf voor vervangende woonruimte moeten zorgdragen.’⁵³⁹

Als sprake is van omstandigheden waaronder het uitstel van de executoriale verkoop naar alle waarschijnlijkheid leidt tot (financiële) schade voor hypotheekhouder en hypotheekgever, zal executoriale verkoop toch aangewezen zijn uit oogpunt van schadebeperking. Ook in dat geval zal echter voorafgaand overleg dienen plaats te vinden, om een zorgvuldige afweging te kunnen maken.

5.3.1.2 Misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad en strijd met redelijkheid en billijkheid⁵⁴⁰

In dit onderdeel worden de beslissingen van de hypotheekhouder in de voorfase van de executoriale verkoop gezien vanuit de leerstukken van misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad en strijd met redelijkheid en billijkheid. De uitoefening van het recht van parate executie is – mits voldaan is aan de voorwaarden die art. 3:268 lid 1 BW stelt – in beginsel rechtmatig. Uit art. 3:13 BW volgt dat deze in beginsel rechtmatige uitoefening onder omstandigheden toch als misbruik moet worden geïd. De sanctie op dit misbruik is dat degene aan wie de bevoegdheid toekomt, deze niet kan invoeren. Uit het tweede lid blijkt wanneer *onder meer* sprake is van misbruik van bevoegdheid. In de jurisprudentie ten aanzien van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid bij executoriale verkoop komt met name de laatste categorie – kort gezegd de onevenwichtigheid tussen het belang bij uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, waardoor in redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen – naar voren.

Bij de bespreking van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid door de eigenaar stelt Mijnsen dat slechts in uitzonderlijke gevallen misbruik van bevoegdheid kan worden aangenomen.⁵⁴¹ Vertaald naar het onderhavige onderwerp heeft dat tot gevolg dat de hypotheekhouder in beginsel gebruik zal kunnen maken van zijn bevoegdheid tot parate executie, indien sprake is van

⁵³⁹ V.zr. Rb. Groningen 18 februari 2010, *LJN* BL4479.

⁵⁴⁰ Zie voor uitspraken ook Gräler 2006.

⁵⁴¹ Vgl. Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 2008 (5*), nr. 49.

verzuim aan de zijde van de hypotheekgever. Desondanks zal bij de bespreking van de jurisprudentie blijken dat de bijzonderheden bij de executoriale verkoop van een woning maken dat het bij enkel verzuim overgaan tot deze verkoop in veel gevallen misbruik van bevoegdheid oplevert. De omstandigheden die uit de jurisprudentie kunnen worden afgeleid worden hieronder categorisch besproken, waardoor enige algemene aanknopingspunten voor de beslissing van de hypotheekhouder om tot executoriale verkoop over te gaan ontstaan.

Voordat deze jurisprudentie wordt besproken wordt hier nog opgemerkt dat de vorderingen jegens de hypotheekhouder die naar de mening van de hypotheekgever te vroeg overgaat tot executoriale verkoop ook wel gestoeld worden op de leerstukken van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) dan wel onrechtmatige daad (art. 6:248 BW). In de parlementaire geschiedenis is het onderscheid tussen de drie leerstukken aan de orde gekomen. Over bijvoorbeeld het onderscheid met het leerstuk van redelijkheid en billijkheid wordt in de memorie van toelichting bij art. 3:13 BW opgemerkt:

‘Een volgend punt van overweging is geweest dat de grens tussen rechtsverhoudingen die worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en die waarbij dit niet of niet zonder meer het geval is, moeilijk is te trekken. In de eerste groep van gevallen kan met de maatstaf van de artikel 6.1.1.2 [6:2 BW] en 6.5.3.1 [6:248 BW] (‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’) ongeveer hetzelfde worden bereikt als daarbuiten met misbruik van recht. In de tweede groep van gevallen kan ter beperking van een bevoegdheid slechts het onderhavige artikel worden gehanteerd. Ook dit is een reden om tussen beide groepen van gevallen geen onnodig scherp onderscheid te maken, en aan de rechtspraak over te laten een vloeiende overgang te vinden.’⁵⁴²

Om deze reden wordt bij de behandeling van de jurisprudentie over de drie leerstukken in het kader van de executoriale verkoopprocedure geen aandacht besteed aan het onderscheid tussen de drie leerstukken.

1. Financieel belang

Een eerste categorie die uit de jurisprudentie kan worden afgeleid is de aan- of afwezigheid van een financieel belang om tot executoriale verkoop over te gaan. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem.⁵⁴³ In deze casus ging de vereniging van eigenaars (VvE) als beslaglegger over tot executoriale verkoop vanwege een achterstand in de betaling van de bijdragen. De aanzegging werd betekend aan de hypotheekhouder, waarna de hypotheekhouder aangaf de executoriale verkoop te willen overnemen, maar daartoe niet over te

⁵⁴² Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1049 (MvT). Zie voorts p. 1051 (Vaste Commissie); Parl. Gesch. Boek 6, p. 625-626 (Advies RvS). Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-VI*), nr. 85; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008 (5*), nr. 44.

⁵⁴³ Rb. Arnhem 24 december 2008, *LJN* BG9652.

gaan indien de vordering van de VvE naar verwachting niet mede uit de executieopbrengst zou kunnen worden voldaan. Omdat de hypotheekhouder echter, na diverse aanmaningen van de VvE, niet tot executoriale verkoop overging, heeft de VvE het appartementsrecht zelf executoriaal verkocht. De executoriale verkoop bracht een opbrengst van €81.000,-. De vordering van de VvE op de hypotheekgever werd door de koper voldaan. Na de verkoop spreekt de hypotheekhouder de VvE aan op grond van onrechtmatige daad en misbruik van bevoegdheid. De VvE wist, aldus de hypotheekhouder, dat de vordering van de hypotheekhouder niet uit de executieopbrengst voldaan kon worden en is desondanks tot verkoop overgegaan. De hypotheekhouder heeft hierdoor een verlies van ruim €66.000,- geleden. Bovendien is de VvE alleen maar tot executoriale verkoop overgegaan om haar vordering voldaan te kunnen krijgen, zo betoogt de hypotheekhouder. Naar het oordeel van de rechtbank is noch sprake van onrechtmatigheid, noch van misbruik van bevoegdheid. Niet alleen was de VvE gerechtigd tot executoriale verkoop, maar vanwege de bepaling van art. 5:122 lid 3 BW was zij ook gerechtigd om haar vordering (deels) te verhalen op de koper. Daarbij acht de rechtbank ook relevant dat de hypotheekhouder de executoriale verkoop, hoewel hij daartoe ruimschoots de gelegenheid heeft gehad, niet heeft overgenomen. Het in art. 5:122 lid 3 BW bepaalde stelt de VvE in staat de executoriale verkoop op te starten, ondanks het voorzienbare verlies dat de hypotheekhouder als gevolg daarvan zal leiden. De hypotheekhouder die ex art. 508 Rv op de hoogte komt van een voorgenomen executoriale verkoop door de VvE zal hiermee terdege rekening moeten houden. In dit geval is er een specifiek belang van de beslaglegger om tot executoriale verkoop over te gaan, namelijk de voldoening van de achterstallig gebleven bijdragen aan de VvE door koper.

Het hebben van een financieel belang bij de executoriale verkoop wordt door de Rechtbank Alkmaar zelfs aangevoerd als *voorwaarde* voor het starten van de executoriale verkoopprocedure:

‘Elke maatregel getroffen binnen het kader van een executie van een geldsveroordeling behoort te strekken in de meest ruime zin tot voldoening aan de veroordeling. Dit behoeft niet zonder meer te betekenen, dat de maatregel, zoals in casus handhaving van een executoriaal beslag op onroerend goed, direct moet leiden tot de ontvangst van gelden, maar kan ook onder omstandigheden zijn rechtvaardiging vinden in de *mogelijkheid financieel voordeel te halen* bij gelegenheid van een executoriale verkoop b.v. door eigen aankoop. Wel zal echter door de executant enig belang gericht op voldoening van de geldvordering moeten worden gesteld.’⁵⁴⁴

⁵⁴⁴ Pres. Rb. Alkmaar 14 september 1990, zaaknr. 212/1990 (niet gepubl.). Cursivering toegevoegd door mij.

Ook in andere uitspraken lijkt een soortgelijk criterium te worden gehanteerd.⁵⁴⁵ Met dit criterium is ook te verklaren dat het Hof Leeuwarden in 2010 een beslag dat door de VvE is gelegd als vexatoir bestempelde.⁵⁴⁶ De VvE wilde de achterstallig gebleven extra bijdrage voor onderhoud door middel van executoriale verkoop verhalen, terwijl de termijn van art. 5:122 lid 3 BW voor deze bijdrage reeds verstreken was. Het hof kwam tot het oordeel dat de VvE niet tot executoriale verkoop mocht overgaan, omdat de vordering van de VvE naar verwachting door de executoriale verkoop niet zou verminderen, terwijl de verwachte opbrengst zodanig was dat de geëxecuteerde met een flinke restschuld aan de hypotheekhouder zou worden geconfronteerd. Hier was derhalve geen financieel belang bij de beslaglegger om tot executoriale verkoop over te gaan. De executoriale verkoop werd dan ook op deze grond verboden. Het criterium van een financieel belang kan, zo blijkt ook uit de uitspraken, vooral worden toegepast bij executoriale verkoop door een beslaglegger of tweede hypotheekhouder.

2. Noodtoestand aan de zijde van de hypotheekgever

De overweging in het Ritzen/Hoekstra-arrest is in onderdeel 5.2.4.1, onder 2 reeds weergegeven.⁵⁴⁷ Op grond van deze overweging kan de rechter slechts in twee omstandigheden de staking van de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis bevelen: het vonnis op grond waarvan tot ontruiming wordt overgegaan berust op een juridische of feitelijke misslag, óf de ontruiming zal op grond van na het ontruimingsvonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten leiden tot een noodtoestand aan de zijde van geëxecuteerde. Dit arrest wordt ook in uitspraken ten aanzien van de staking van de executoriale verkoop toegepast. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Zutphen:

‘Nu [hypotheekgever], in geval van een executoriale verkoop, haar woning zal kwijtraken is het belang aan haar zijde, mede gelet op haar leeftijd (78 jaar), zeer groot en zijn de gevolgen voor haar praktisch onomkeerbaar. Door executoriale verkoop zal voor haar een noodtoestand ontstaan, waardoor – met name ook gelet op het ontbreken

⁵⁴⁵ Vzr. Rb. Almelo 5 juni 2009, *Notamail* 2009/136 (niet gepubl.), (staking executoriale verkoop vanwege te lage opbrengst); Vzr. Rb. Arnhem 25 oktober 2006, *LJN* AZ0899 (vordering beslaglegger kan naar verwachting geheel of grotendeels uit de executieopbrengst worden voldaan); Vzr. Rb. Arnhem 30 juni 2005, *LJN* AU1575 (geen belang bij handhaving hypotheekrecht bij onderhandse reguliere verkoop); Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8654 (gerechtvaardigd belang bij handhaving beslag vanwege mogelijke overwaarde); Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2008, *LJN* BC8896 (beslaglegger loopt geen risico vanwege overwaarde, mogelijk misbruik van bevoegdheid); Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 10 maart 2008, *Notamail* 2008/62 (niet gepubl.) (beslaglegger kan naar verwachting niet worden voldaan uit executieopbrengst, schorsing executoriale verkoop).

⁵⁴⁶ Hof Leeuwarden 20 april 2010, *LJN* BM2250.

⁵⁴⁷ Hoge Raad 22 april 1983, *NJ* 1984, 145 m.nt. W.H. Heemskerk (Ritzen/Hoekstra).

van belang van de Stichting daarbij – een onverwijlde tenuitvoerlegging onaanvaardbaar wordt geoordeeld. Dit betekent dat de executie dient te worden geschorst.⁵⁴⁸

Ook het Hof 's-Hertogenbosch baseert in een uitspraak zijn overwegingen op het Ritzen/Hoekstra-arrest.⁵⁴⁹ Hoewel het in deze uitspraak ging om executoriale verkoop door de beslaglegger, biedt zij ook handvatten voor het leerstuk van misbruik van bevoegdheid bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder. In casu vroeg de schuldenaar om staking van de executoriale verkoop, nu de executiewaarde van de woning lager was dan de vordering van de hypotheekhouder en de beslaglegger als gevolg daarvan niets uit de executieopbrengst zou ontvangen. De executoriale verkoop zou derhalve slechts kosten met zich brengen en de schuldenaar schade berokkenen. De schuldenaar beroept zich dan ook op de in het Ritzen/Hoekstra-arrest vermelde noodsituatie. Uit de overwegingen van het hof blijkt dat bij vrijwillige verkoop naar verwachting de vordering van de hypotheekhouder kon worden afgelost en dat er, gezien de te verwachten opbrengst, bovendien mogelijkheden waren voor de beslaglegger tot voldoening van zijn vordering. De schuldenaar had echter niet weersproken dat hij niet bereid was tot vrijwillige verkoop. Daarnaast was sprake van aanzienlijke waterschade aan de woning. Herstel daarvan zou leiden tot een executieopbrengst die (ruim) voldoende zou zijn om de hypotheekhouder te voldoen. De schuldenaar stelde echter dat hij de schade niet zou gaan herstellen, nu hij niet over de financiële middelen daartoe beschikte, welke stelling door het hof overigens in twijfel werd getrokken. Het hof kwam tot het volgende oordeel:

‘Indien de vordering tot staking van de executie op de door [de schuldenaar] aangevoerde gronden zou worden toegewezen, zou [de schuldenaar] zich tot in de lengte der dagen kunnen onttrekken aan de gevolgen van zijn gebondenheid aan het in kracht van gewijsde gegane vonnis. Nu [de schuldenaar] niet vrijwillig – al dan niet door onderhandse verkoop van de woning – aan zijn betalingsplicht jegens [de beslaglegger] wenst te voldoen, en [de schuldenaar] voorts zelf in stand houdt dat de executiewaarde lager is dan die zou kunnen zijn na herstel van de gebreken, terwijl er anders wel verhaalsmogelijkheden voor [de beslaglegger] zouden zijn, is het hof van oordeel dat de gevorderde staking van de executie moet worden afgewezen. Zo al sprake zou zijn van een noodsituatie aan de zijde van [de schuldenaar], is het [de schuldenaar] zelf die zich in die situatie heeft gebracht, hetgeen niet in rechte dient te worden gehonoreerd.’

Het nalaten van de schuldenaar om zijn situatie te verbeteren wordt hem hier terecht aangerekend.⁵⁵⁰ Voor zover de schuldenaar mogelijkheden heeft om de

⁵⁴⁸ V.zr. Rb. Zutphen 13 november 2007, *LJN* BB7913.

⁵⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, *LJN* BJ0413.

⁵⁵⁰ Zie ook V.zr. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 2011, *LJN* BP2282, r.o. 3.9: ‘In feite komt het er op neer dat [hypotheekgevers] een en ander op zijn beloop hebben gelaten, terwijl van hen juist mocht worden verwacht dat zij daadwerkelijk iets zouden doen aan de →

noodsituatie waarin hij als gevolg van de executoriale verkoop zal verkeren te voorkomen, zal een beroep op misbruik van bevoegdheid in beginsel niet worden gehonoreerd.

Toch ontstaat hier een vreemde situatie die voor alle betrokkenen nadelig is. De beslaglegger die overgaat tot executoriale verkoop heeft geen financieel belang, omdat er naar verwachting, zolang de woning niet wordt opgeknapt, uit de executieopbrengst weinig tot niets voor hem zal overschieten. Bij een vrijwillige verkoop zou dat wel het geval zijn, maar daaraan wenst de schuldenaar niet mee te werken. Een overname van de hypotheekhouder ex art. 509 Rv zou hier uitkomst kunnen bieden. De hypotheekhouder heeft immers de mogelijkheid om door het invoeren van het beheerbeding de schade aan de woning te herstellen, om daarmee bij de executoriale verkoop een hogere netto-opbrengst te behalen, mede ten behoeve van de beslaglegger. Uit de casus komt echter naar voren dat de hypotheekhouder de executoriale verkoop niet heeft overgenomen. Het ligt in de rede dat in dergelijke gevallen toch de doen.

Een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen sluit op het bovenstaande aan.⁵⁵¹ In deze casus was de hypotheekgever juist bezig zijn financiële positie te verbeteren, toen de hypotheekhouder de executoriale verkoop opstartte. De voorzieningenrechter oordeelde dan ook dat de hypotheekgever, gezien de bijzondere omstandigheden van het geval, meer tijd had moeten krijgen om de achterstallige rente te voldoen. De hypotheekhouder maakte misbruik van zijn bevoegdheid door de executoriale verkoop nu reeds aan te zeggen en de veilingopdracht aan de notaris te verstrekken, terwijl de hypotheekgever bezig was de betalingsachterstand in te lossen. Daarnaast speelt de huidige waarde van de woning een rol, zo blijkt uit de daarop volgende overweging:

‘Dit klemmt te meer nu gedaagde [de hypotheekhouder, IV] ter zitting de verwachting heeft uitgesproken dat de woning, gelet op de huidige staat van de woning, bij openbare verkoop slechts €60.000,- zal opbrengen, hetgeen bij lange na niet genoeg is om de hypotheekschuld af te lossen, terwijl [hypotheekgever] heeft aangevoerd dat hij doende is de woning (eigenhandig) op te knappen en dat hij reeds beschikt over de daarvoor benodigde materialen. In de rede ligt dat van deze herstelwerkzaamheden een waardevermeerderend effect zal uitgaan en zodoende mede in het belang van gedaagde

betalingsachterstand. Onder die omstandigheid behoeft van ABN AMRO niet te worden verwacht dat zij het treffen van maatregelen nog langer uitstelt.’

⁵⁵¹ Vsr. Rb. Groningen 10 maart 2006, *LJN* AV6087. Vgl. Rb. Rotterdam 19 maart 2012, *LJN* BW6024: de uitslag van de uitspraak in de bodemprocedure moet worden afgewacht. De gevolgen van de executoriale verkoop zijn onomkeerbaar, terwijl restitutie van de bedragen die de hypotheekgever zegt betaald te hebben onmogelijk lijkt. Hypotheekhouder lijkt alleen een financieel belang te hebben en moet dus bodemprocedure afwachten.

is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de belangen van gedaagde bij executie moeten wijken voor het belang van eisers om nog een terme de grâce te krijgen.’

3. *Fraude of oneigenlijk gebruik van het onderpand*

In de jurisprudentie is voorts een aantal uitspraken te vinden over de beslissing tot executoriale verkoop over te gaan vanwege (vermeende) fraude of oneigenlijk gebruik van het verhypothekerde goed.

- V.zr. Rb. Arnhem 24 december 2009, *LJN* BL0524: cliënt (tevens enig aandeelhouder en bestuurder van beheer-bv) is strafrechtelijk veroordeeld in drugszaak, financier vreest voor aantasting integriteit financiële verkeer en reputatieschade.
- Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1857 (Massagesalon Aphrodite): verhuur aan derden ten behoeve van het gebruik als erotische massagesalon.
- V.zr. Rb. Alkmaar 4 oktober 2007, *LJN* BB4841: verhuur aan derden ten behoeve van de exploitatie van een hennepkwekerij.
- V.zr. Rb. Alkmaar 23 juni 2005, *LJN* AT8139: onacceptabel reputatierisico voor de hypotheekhouder vanwege veroordeling hypotheekgever voor handel in kinderporno.
- Rb. Arnhem 9 maart 2005, *LJN* AT3644: vertrouwensbreuk tussen hypotheekhouder en hypotheekgever vanwege valse verklaringen hypotheekgever, versterkt door het feit dat hypotheekgever in eerste instantie geen openheid van zaken heeft gegeven. Daarnaast overstand op rekening-courant krediet, terwijl voldoende tijd is gegeven om vervangende financiering te vinden.

Bij dergelijke situaties ligt een executoriale verkoop in geval van verzuim zonder uitgebreid voortraject meer voor de hand. In deze gevallen biedt de wet uitkomst door de hypotheekhouder bij enkel verzuim van de hypotheekgever reeds de bevoegdheid toe te kennen de executoriale verkoop op te starten. Daarnaast kent de wettelijke regeling een relatief korte termijn voor de totale executoriale verkoopprocedure. Uit art. 516 Rv volgt immers dat tussen het moment van de advertentie en het moment van executoriale verkoop in elk geval dertig dagen moeten verlopen. In deze situaties is er in beginsel geen reden om van de wettelijke termijnen af te wijken en de hypotheekgever meer tijd te geven om het verzuim te zuiveren dan wel met de hypotheekgever in overleg te treden om oplossingen te zoeken. Hier zal de hypotheekhouder met name onnodige vertraging van de executoriale verkoopprocedure, met hogere kosten en een hogere achterstand van de hypotheekgever als gevolg, moeten voorkomen.

Overigens zal de hypotheekhouder ook in dergelijke situaties niet steeds direct tot executoriale verkoop overgaan als daarvan geen goede opbrengst te verwachten is. Zo kan de hypotheekhouder de hypotheekgever de mogelijkheid bieden herfinanciering te vinden,⁵⁵² of de woning onderhands te verkopen.⁵⁵³ De

⁵⁵² Zie ook Rb. Arnhem 24 december 2009, *LJN* BL0524; Rb. Arnhem 9 maart 2005, *LJN* AT3644.

⁵⁵³ Zie ook V.zr. Rb. Alkmaar 4 oktober 2007, *LJN* BB4841.

kredietrelatie kan dan worden beëindigd, terwijl niet een voor beide partijen ongunstige executoriale verkoop hoeft plaats te vinden. In dit verband is nog van belang dat de Rechtbank Alkmaar in 2005 oordeelde dat een termijn van negentig dagen voor de volledige voldoening van de vordering door de hypotheekgever te kort was.⁵⁵⁴ De voorzieningenrechter bood de hypotheekgever dan ook een termijn van vijftien maanden om de woning onderhands te verkopen. In deze zaak speelde wel overigens mee dat niet gesteld noch gebleken was dat de hypotheekhouder door het geven van een langere termijn ‘een financieel risico zou lopen’.

4. De invloed van een ongunstige woningmarkt dan wel ongunstige economische omstandigheden

Bij de overwegingen om al dan niet over te gaan tot executoriale verkoop, kan ook de situatie op de woningmarkt een rol spelen. Deze factor vormt momenteel, in een dalende woningmarkt, een belangrijk aspect.⁵⁵⁵ Bij de overwegingen zal niet alleen de verwachting van een (te) lage opbrengst een rol spelen, maar ook de niet te voorspellen duur van de economisch ongunstige omstandigheden. Zal de werkloosheid aan de zijde van de hypotheekgever, waardoor hij niet in staat is aan zijn verplichtingen jegens de hypotheekhouder te voldoen, tijdelijk zijn of langdurig? Binnen welke termijn zal de woningmarkt zich herstellen? Het zijn afwegingen die gemaakt moeten worden om te voorkomen dat (achteraf gezien) onnodig uitstel van de verkoop leidt tot te hoge kosten, het te ver oplopen van de achterstanden en een (nog) lagere netto-opbrengst.

In dergelijke tijden wordt ook vaak geroepen om overheidsingrijpen, teneinde executoriale verkoop tijdens een economische laagconjunctuur te vermijden. Tijdens zowel de economische crisis in de jaren '30 als tijdens de huidige economische crisis heeft de overheid getracht oplossingen te bieden om de executoriale verkoop te kunnen vermijden. Twee regelingen worden in dit onderdeel besproken: de Crisishypotheekaflossingswet 1936 en de Woonlasten-faciliteit van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen. Daarbij staat de vraag centraal in hoeverre dergelijke specifieke regelingen wenselijk zijn naast het reeds bestaande kader van wet- en regelgeving en jurisprudentie.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Vzv. Rb. Alkmaar 23 juni 2005, *LJN* AT8139.

⁵⁵⁵ Uit de Prijsindex Bestaande Koopwoningen van het Kadaster blijkt dat de prijzen van 2005-2008 relatief stabiel waren. Sinds februari 2008 is een daling in de prijzen te zien, met een lichte opleving van januari 2010 tot juli 2010. Sindsdien is weer een daling te zien. Zie Prijsindex Bestaande Koopwoningen, te raadplegen via www.kadaster.nl.

⁵⁵⁶ Een deel van de onderstaande tekst is eerder in artikelvorm verschenen, zie I. Visser, ‘Uitstel van executie. Het voorkomen van de executoriale verkoop in crisistijd’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009-7/8, p. 175-180. Onderstaande tekst betreft een geactualiseerde versie. Voor een uitgebreide bespreking van de mogelijkheden om in →

4A. Crisishypotheekaflossingswet 1936

De economische crisis van de jaren dertig van de vorige eeuw bracht veel hypotheekgevers in de problemen. Als gevolg van onder meer de algemene waardedaling van de woningen gingen steeds meer hypotheekhouders over tot het opeisen van de lening.⁵⁵⁷ Omdat de situatie voor hypotheekgevers met de jaren verslechterde, besloot de regering in 1935 in te grijpen met het wetsontwerp houdende ‘bijzondere maatregelen ter voorkoming van onredelijke terugvordering van onder verband van hypotheek op onroerend goed uitgeleende gelden’; de Crisishypotheekaflossingswet 1936. In de memorie van toelichting bij deze wet stelt de regering dat zij hiertoe is gekomen, aangezien:

‘haar klachten [hebben] bereikt van hypothecaire schuldenaren, die met executie worden bedreigd, omdat de hypothecaire credietgever zonder dringende redenen de geldleening had opgezegd, terwijl de schuldenaar niet in staat was de geleende som terug te betalen. De schuldenaar kan in de huidige omstandigheden door zoodanige opzegging in groote moeilijkheden geraken, daar onder meer wegens de waardedaling van het onderpand en de terughoudendheid van geldbeleggende personen en instellingen een nieuwe geldleening niet of slechts tot lager bedrag kan worden verkregen.’⁵⁵⁸

De Crisishypotheekaflossingswet gaf schuldenaren de mogelijkheid een dreigende executoriale verkoop af te wenden via de kantonrechter. Ingevolge art. 1 konden zij bij de kantonrechter een verzoek indienen tot uitstel van betaling van de hoofdsom of tot wijziging van de betalingsregeling. In art. 2 kwam de wens van de regering tot uiting slechts ‘den getrouwen’ schuldenaar toe te laten tot de regeling. In deze bepaling was uitgewerkt in welke gevallen de schuldenaar geen beroep kon doen op deze wet:

- ‘1. Artikel 1 is niet van toepassing in de gevallen, waarin de hoofdsom opeischbaar is geworden:
 1. omdat de hypothecaire schuldenaar nalatig is:
 - a. verschuldigde rente van door hypotheek verzekerde hoofdsommen te voldoen;
 - b. bij verplichte tusschentijdsche aflossing op een door eerste hypotheek verzekerde hoofdsom zoodanig bedrag of, indien meer dan één aflossing per jaar is bedongen, naar evenredigheid zoodanige bedragen te voldoen, dat daardoor eene totaal-aflossing van ten minste 1 pct. per jaar op de hoofdsom wordt bereikt, of van ten minste de helft van de bedongen tusschentijdsche aflossing in de gevallen, waarin die aflossing minder dan 2 pct. per jaar bedraagt;
 - c. de op het goed drukkende zakelijke belastingen of erfpachtscanon te voldoen;
 2. wegens executoriaal beslag, op het verbonden goed gelegd ter zake van niet-nakoming van andere dan door hypotheek verzekerde verplichtingen;
 3. wegens faillissement van den schuldenaar.

tijden van economische crisis de executoriale verkoop te voorkomen, verwijs ik naar dit artikel.

⁵⁵⁷ Uit het proefschrift van Hazenberg blijken de redenen waarom steeds meer hypotheekhouders overgingen tot opeising van de lening: Hazenberg 1943, p. 11-46.

⁵⁵⁸ MvT Crisishypotheekaflossingswet, zoals weergegeven door Hazenberg 1943, p. 47.

2. Artikel 1 is mede niet van toepassing:
- a. ten aanzien van vorderingen, welke kunnen voortvloeien uit een crediet, tot zekerheid waarvan tot een bepaald in de akte genoemd bedrag, hypotheek is gesteld en hetwelk is geopend door eene bankinstelling, voor welke het verleen van zoodanige credieten vóór 1 Juli 1935 tot haar gewonen werkkring behoorde;
 - b. ten aanzien van vorderingen, voortvloeiende uit overeenkomsten, gesloten na den dag van de inwerkingtreding der wet.
3. Ter zake van niet-voldoening van verschuldigde rente of van verschuldigde tusschentijdsche aflossing, als bedoeld in lid 1, sub 1, van dit artikel, wordt, niettegenstaande beding van het tegendeel, de hoofdsom slechts opeischbaar, indien de schuldenaar in de voldoening nalatig blijft na ingebrekestelling bij aangeteekenden brief, waarbij hem een termijn van ten minste veertien dagen wordt gelaten om alsnog zijne verplichtingen na te komen.
4. Als hoofdsom in den zin van lid 1, sub 1.b, van dit artikel wordt beschouwd de oorspronkelijke hoofdsom (...).

Hieruit volgt dat hypotheekgever slechts in een beperkt aantal gevallen een beroep kon doen op de wet. Deze bepaling was, zoals hierna nog zal blijken, dan ook een van de redenen waarom slechts weinig hypotheekgevers daadwerkelijk gebruik hebben gemaakt van de Crisishypotheekaflossingswet om daarmee executoriale verkoop te voorkomen.

In 2009 toonde Schoordijk zich een voorstander van herinvoering van de wet:

‘Deze wet geldt niet meer en onze wetgever heeft in 1992 herleving van dit voorschrift wellicht niet overwogen, want wie dacht toen aan de barre tijden die wij thans beleven. Goed bezien zou het jammer zijn dat wat de nog liberale wetgever in 1934 als mogelijkheid gaf, thans niet meer zou opgaan.’⁵⁵⁹

Bij de overweging een soortgelijke wet (her) in te voeren in verband met een nieuwe economische crisis, dient in ieder geval acht te worden geslagen op de bevindingen van Hazenberg. In zijn proefschrift uit 1943 analyseert hij deze wet. In zijn conclusie schrijft hij dat een ‘niet onaanzienlijk’ deel van de schuldenaren tussen 1936 en 1941 een beroep op de wet deed. Toch bleef dit aantal, zeker gezien de verwachtingen van de Eerste en Tweede Kamer bij de invoering van de wet, beperkt. Hazenberg schrijft dit toe aan een drietal factoren.⁵⁶⁰ Allereerst het hierboven weergegeven art. 2 van de wet dat het aantal schuldenaren dat een beroep kon doen op de wet ‘aanzienlijk beperkte’. Voorts noemt Hazenberg de preventieve werking die van een dergelijke wet kan uitgaan. De derde en laatste factor is het bestaan van de door de diverse belangenorganisaties ingevoerde Bemiddelingscommissies. Deze commissies bemiddelden tussen de hypotheekhouder en de met gedwongen verkoop bedreigde hypotheekgever met als doel de executoriale verkoop zo veel

⁵⁵⁹ Schoordijk 2009, p. 211.

⁵⁶⁰ Hazenberg 1943, p. 151-153.

mogelijk te voorkomen. Door deze tussenkomst werd een groot aantal executies voorkomen, waardoor de Crisishypotheekaflossingswet in deze gevallen overbodig bleek. Hazenberg maakt vervolgens duidelijk dat de Crisishypotheekaflossingswet met name oplossingen bood bij executoriale verkoop door *particuliere* hypotheekhouders. Deze waren veelal niet aangesloten bij de Bemiddelingscommissies, waardoor hun schuldenaren waren aangewezen op de Crisishypotheekaflossingswet om executoriale verkoop te voorkomen:

‘Het is de Crisishypotheekaflossingswet geweest, welke die “absoluut vrijen” in zekere zin aan banden heeft gelegd en daarmee verscheiden hypothecaire debiteuren voor financieelen ondergang heeft behoed.’⁵⁶¹

De door Hazenberg genoemde Bemiddelingscommissies bestaan tegenwoordig niet meer. Wel zijn er tegenwoordig andere regelingen die ervoor zorgen dat de hypotheekhouder niet zonder meer tot executoriale verkoop overgaat. De algemene regelingen hiertoe worden in onderdeel 5.3.1.3 besproken. In het volgende onderdeel wordt nog ingegaan op een regeling die wel specifiek met het oog op de huidige economische crisis is ingevoerd; de Woonlastenfaciliteit. Daarnaast kan worden gewezen op de jurisprudentie die hierboven is besproken en op grond waarvan de mogelijkheden van de hypotheekhouder om bij een enkel verzuim zonder meer tot executoriale verkoop over te gaan door de rechter worden ingeperkt. Bovendien zal de hypotheekhouder, zoals hiervoor reeds betoogd, met name in economisch slechte tijden de executoriale verkoop ook zo veel mogelijk willen vermijden. Het is dan ook de vraag in hoeverre in de praktijk behoefte bestaat aan een specifieke regeling als de Crisishypotheekaflossingswet. Na de bespreking van Woonlastenfaciliteit zal deze vraag worden beantwoord.

4B. Woonlastenfaciliteit

De economische crisis die in 2008 startte liet haar sporen na op de woningmarkt, met prijsdalingen en daling van het aantal verkopen tot gevolg. Op politiek niveau werd dan ook gezocht naar mogelijkheden om de woningmarkt te helpen. Tijdens de bespreking van de te treffen maatregelen in verband met de economische crisis merkt de minister voor Wonen, Wijken en Integratie bijvoorbeeld op:

‘Ik heb horen zeggen dat wij sowieso naar de veilingen moeten kijken om te zien wat eraan kan worden verbeterd. Er is in het overleg met partijen al aan de orde geweest dat er iets moet worden bedacht dat voorkomt dat mensen juist nu hun huis geëxecuteerd

⁵⁶¹ Hazenberg 1943, p. 152.

zien worden, dus precies op het verkeerde moment. Op dat gebied moeten alle zeilen worden bijgezet. Meer kan ik er nu niet over zeggen.⁵⁶²

Deze cryptische toezegging van de minister werd op 12 mei 2009 concreet. Op die datum lanceerde de Stichting WEW de maatregelen die zij in overleg met de minister voor Wonen, Wijken en Integratie en de Vereniging Nederlandse Gemeenten had getroffen ten behoeve van de Nederlandse huizenbezitter in crisistijd.⁵⁶³ In het kader van het voorkomen van de executoriale verkoop in crisistijd is van deze maatregelen met name de verbetering van de Woonlastenfaciliteit interessant. Deze faciliteit biedt hypotheekgevers die kampen met betalingsproblemen de mogelijkheid om in overleg met de hypotheekhouder een tijdelijke betalingsachterstand op te bouwen onder waarborg van de Stichting WEW. De verbeterde versie van de Woonlastenfaciliteit werd op 1 juli 2009 van kracht.⁵⁶⁴

De toepassing van de Woonlastenfaciliteit is afhankelijk van een aantal factoren. Ten eerste kunnen op grond van de Voorwaarden en Normen van de Stichting WEW slechts hypotheekgevers die in betalingsproblemen zijn gekomen als gevolg van ‘werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, echtscheiding of overlijden van de partner’ gebruikmaken van de regeling. Voorts staat de Woonlastenfaciliteit alleen ter beschikking van hypotheekgevers die reeds een door de Stichting WEW gewaarborgde lening hebben.⁵⁶⁵ Deze factoren beperken derhalve de groep hypotheekgevers die een beroep kunnen doen op toepassing van de Woonlastenfaciliteit.

Bovendien wordt de beoordeling of in een concreet geval gebruik kan worden gemaakt van deze faciliteit overgelaten aan de hypotheekhouder. Anders dan onder de hiervoor genoemde Crisishypotheekaflossingswet is het derhalve niet een onafhankelijke derde die beslist over toepassing van de betalingsregeling. Hoewel de hypotheekhouder door deze faciliteit wellicht eerder geneigd zal zijn mee te werken aan een betalingsregeling, is de hypotheekgever voor de toepassing van de Woonlastenfaciliteit afhankelijk van de wil van de hypotheek-

⁵⁶² *Kamerstukken II* 2008/09, 27 562, nr. 22, p. 37 (Verstedelijkingsbeleid tot 2010; Verslag van een algemeen overleg).

⁵⁶³ ‘NHG helpt huizenbezitter’, Persbericht NHG 12 mei 2009, via www.nhg.nl. Zie ook: *Kamerstukken II* 2008/09, 27 562, nr. 26 (Brief minister voor Wonen, Wijken en Integratie). Zie over de Stichting WEW nader onderdeel 4.3.1.2 en 5.3.1.3, onder 3.

⁵⁶⁴ Voor de werking van de Woonlastenfaciliteit wordt verwezen naar de website van de NHG, waar ook de Voorwaarden en Normen voor deze faciliteit zijn opgenomen: www.nhg.nl.

⁵⁶⁵ In het Jaarverslag 2011 van de Stichting WEW is te lezen, dat 136.529 huishoudens gebruikmaken van NHG voor de aankoop van dan wel het onderhoud aan de eigen woning.

houder. Dit helpt de hypotheekgever van wie de hypotheekhouder onwillig is naar andere maatregelen dan executoriale verkoop te kijken derhalve niet.

Uit de Jaarverslagen van de Stichting WEW blijkt dat beperkt gebruik wordt gemaakt van deze faciliteit: in 2008 een, in 2009 zeven, in 2010 drie en in 2011 twaalf maal. Het (meest recent beschikbare) Jaarverslag van 2011 meldt hierover:

‘Achtergrond hiervan is dat geldgevers bij betalingsproblemen van tijdelijke aard in de meeste gevallen zelf al uitstel van betaling toestaan. Ervan uitgaande dat dit in voorkomende gevallen leidt tot een oplossing doet men geen beroep op de WLF [de Woonlastenfaciliteit] van de NHG. In gevallen waarin uitstel van betaling geen oplossing lijkt ter voorkoming van een gedwongen verkoop, biedt ook de WLF geen soelaas.’⁵⁶⁶

Hier blijkt dat ook de toepassing van de Woonlastenfaciliteit in de praktijk beperkt blijft. Net zoals Hazenberg opmerkte ten aanzien van de Crisis-hypotheekaflossingswet, blijkt ook hier de problematiek veelal in de praktijk al te zijn aangepakt. Dat is ook voorstelbaar, omdat executoriale verkoop in economisch mindere tijden ook niet in het belang van de hypotheekhouder is. Waar executoriale verkoop nog te voorkomen is, zal de hypotheekhouder hier veelal ook naar streven.

Hieruit volgt dat betwijfeld kan worden of in economisch slechtere tijden steeds tijd en geld moet worden gestoken in regelingen om executoriale verkoop te voorkomen. Uit de ervaringen met twee in crisistijd opgekomen regelingen blijkt dat hiervan maar weinig gebruik van gemaakt wordt en dat de praktijk de problematiek bij betalingsachterstanden veelal zelf oplost. In de meeste gevallen volstaat de reeds beschikbare wet- en regelgeving om executoriale verkopen te voorkomen. In tijden van economische tegenslag hoeft in mijn ogen dan ook niet direct te worden ingegrepen met specifieke regelgeving voor de executoriale verkoop. Mocht blijken dat de huidige regelingen niet volstaan of leiden tot ernstige misstanden, dan zou alsnog een specifieke regeling ingevoerd kunnen worden, gericht op de het voorkomen van de geconstateerde misstanden.

5. De bijzondere zorgplicht van de bank uit hoofde van haar maatschappelijke functie

In onderdeel 5.3.1.1 werd een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch vermeld,⁵⁶⁷ waarin het hof refereerde aan de bijzondere zorgplicht van banken uit hoofde van hun maatschappelijke functie. Aan deze bijzondere zorgplicht is eerder gerefereerd in een uitspraak in het arrest Rabobank/Aarding c.s., waarin

⁵⁶⁶ Jaarverslag NHG 2011, onderdeel 2.2.4. (Geen cijfers over 2010 beschikbaar.)

⁵⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, *LJN* BN0872.

het Hof Arnhem ten aanzien van de zorgplicht van de bank bij de opzegging van een kredietovereenkomst oordeelde:

‘Voor een bank geldt dat zij uit hoofde van de maatschappelijke functie van banken een *bijzondere zorgplicht* heeft, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

[...]

Voor een kredietopzegging impliceert dit dat deze ten minste zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁵⁶⁸

Uit de jurisprudentie volgt dat deze zorgplicht ook toepassing vindt bij de executoriale verkoop. Zij geldt in de relatie tussen de hypotheekgever en de hypotheekhouder, indien dat een in Nederland gevestigde bank is. In de jurisprudentie wordt aan de hand van de in het Rabobank/Aarding c.s.-arrest opgenomen criteria voor het opzeggen van een kredietovereenkomst de vraag of de bank haar zorgplicht bij de opzegging van de financieringsovereenkomst en aanzegging van de executoriale verkoop in acht heeft genomen – in wezen een bijzonder en verstrekkend gevolg van de opzegging van de kredietovereenkomst – beoordeeld.

Alvorens op deze jurisprudentie nader in te gaan wordt hier nog gewezen op de bespreking van het arrest Rabobank/Aarding c.s. door Bakker & Haas.⁵⁶⁹ Zij zijn van mening dat de *bijzondere zorgplicht* waar in dit arrest op wordt gewezen ‘niet veel meer [is] dan een verbijzondering van het algemene gezichtspunt van de hoedanigheid van contractspartijen en de plicht tot zorgzaamheid die voor een partij uit het behept zijn met een bepaalde hoedanigheid kan voortvloeien.⁵⁷⁰ Deze zorgplicht vloeit voort uit een rechtshandeling, zoals de algemene bankvoorwaarden, een wettelijke bepaling of de werking van redelijkheid en billijkheid.

Bakker & Haas stellen vervolgens dat op grond van de bijzondere zorgplicht niet, zoals in het arrest Rabobank/Aarding c.s. wel gebeurt, de criteria die in de overeenkomst staan voor opzegging van de kredietovereenkomst kunnen worden gewijzigd.⁵⁷¹ Het is echter wel mogelijk dat de zorgplicht doorwerkt in de overeenkomst, indien zij deel is van de overeenkomst – zoals het geval is bij de Algemene Bankvoorwaarden, zie onderdeel 5.3.1.3, onder 1.

⁵⁶⁸ Hof Arnhem 18 februari 2003, *JOR* 2003, 267 (Rabobank/Aarding c.s.).

⁵⁶⁹ Bakker & Haas 2010, p. 293-299.

⁵⁷⁰ Bakker & Haas 2010, p. 298.

⁵⁷¹ Bakker & Haas 2010, p. 298-299.

Los van deze kritiek, uit de jurisprudentie wordt duidelijk dat de criteria uit het Rabobank/Aarding c.s.-arrest in een aantal uitspraken wordt toegepast op de beslissing van de hypotheekhouder om tot executoriale verkoop over te gaan. Daarom is het toch interessant kort in te zoomen op deze jurisprudentie. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.⁵⁷² De criteria die de rechter in dit geval in aanmerking neemt zijn:

- de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van kredietrelatie;
- is sprake van aanmerkelijke afname van kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toename van bancaire risico, waarbij met name van belang zal zijn of er voldoende dekking door zekerheid blijft bestaan;
- het gedrag en de betrouwbaarheid van de kredietnemer alsmede de mate waarin en de tijdigheid waarmee deze de bank op de hoogte heeft gesteld en stelt van alle voor de kredietrelatie van belang zijnde omstandigheden;
- of en in welke mate is de kredietnemer toerekenbaar tekort geschoten, bijvoorbeeld door structurele en/of ruime overschrijding van de kredietlimiet;
- de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaand aan de opzegging en de wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer en of en in welke mate de bank de kredietnemer tevoren heeft gewaarschuwd;
- de gedragingen van de bank waardoor verwachtingen bij de kredietnemer zijn gewekt, bijvoorbeeld de toelating van overschrijding van de kredietlimiet.⁵⁷³

In andere uitspraken worden eveneens een of meer van deze criteria toegepast, waar de rechter in zijn beoordeling eveneens de bijzondere zorgplicht van banken uit hoofde van hun maatschappelijke functie meeneemt.⁵⁷⁴

⁵⁷² V.zr. Rb. Amsterdam 25 mei 2009, *LJN* BJ1645.

⁵⁷³ De overige in het Rabobank/Aarding c.s.-arrest vermelde criteria zijn: de kans dat de onderneming van de kredietnemer, al of niet na reorganisatie of doorstart, zal overleven en de mate waarin de kredietnemer een reorganisatie heeft opgestart; welke termijn de kredietnemer krijgt om een andere (huis-)bankier te zoeken en welke ernstige financiële problemen voor de kredietnemer zullen ontstaan indien hij zijn financieringsbehoefte niet op korte termijn elders kan onderbrengen; andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid).

⁵⁷⁴ Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, *LJN* BO8527 (zie hierna); Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, *LJN* BN0872; V.zr. Rb. Assen 31 augustus 2005, *LJN* AU2423 (zie hierna). Vgl. V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 mei 2008, *LJN* BD5452 over de zorgvuldigheid van de hypotheekhouder voorafgaande aan de aanzegging van de executoriale verkoop. Zie ook (over de *contractuele* zorgplicht van de bank): Rb. Amsterdam 6 februari 2012, *LJN* BW1123: bank heeft diverse kredietruimte-overschrijdingen gedoogd en reductieregelingen aangeboden, de hypotheekgever aanhoudend gewaarschuwd over de aanhoudende financiële problemen en bij de opzegging van de kredietrelatie nog drie maanden gegeven om een andere financier te vinden. De onmogelijkheid het tij te →

Twee andere voorbeelden van de toepassing van het Rabobank/Aarding c.s.-arrest op de opzegging van het hypothecaire krediet en aanzegging van de executoriale verkoop:

- Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, *LJN* BO8527: in de loop der tijd is sprake geweest van verslechterde financiële situatie. 'Deze omstandigheid mag bij opzegging kredietrelatie meewegen ten nadele van [hypothekgever], ook al is niet in geschil [...] dat de verhypothekerde panden op zichzelf genomen nog steeds voldoende zekerheid boden. Voor een gezonde kredietrelatie is immers naast voldoende zekerheid ook de aflossingscapaciteit van de kredietnemer van belang.' Daarnaast heeft hypothekgever niet voldaan aan aflossingsverplichtingen. 'Hoewel het niet voldoen aan de aflossingsverplichtingen met betrekking tot het krediet van €25.000,- relatief gesproken van geringe omvang is, acht het hof deze omstandigheid in combinatie met de hiervoor vermelde moeizame relatie en de achteruitgang in financiële positie, in beginsel voldoende.' Ten slotte heeft hypotheekhouder ook voldoende tijd gegund om in overleg te treden, op zoek te gaan naar een andere bank en/of alsnog aan de financiële verplichtingen te voldoen.
- V.zr. Rb. Assen 31 augustus 2005, *LJN* AU2423: 'De voorzieningenrechter is van oordeel dat in dit geval de belangen van [hypothekgever] bij voortzetting van de overeenkomst tot het moment dat hij een nieuwe financier heeft gevonden dienen te prevaleren boven het belang van de [hypotheekhouder] bij het onmiddellijk beëindigen en het uitwinnen van de zekerheden.' Onder meer van belang zijn de volgende omstandigheden: hypothekgever heeft steeds aan verplichtingen tot betaling rente en aflossing voldaan, kleine achterstand is ingelopen; onderneming is debacle van 2003/2004 te boven gekomen en behaalt dit jaar weer positief resultaat, ook voor komende jaren is orderportefeuille gevuld; reëel uitzicht op vinden nieuwe financier; aannemelijk is dat uitwinning van de zekerheden zal leiden tot faillissement met alle negatieve gevolgen van dien; als hypothekgever ophoudt aan verplichtingen te voldoen kan hypotheekhouder alsnog tot uitwinning overgaan.

5.3.1.3 De overige regelgeving

Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden op grond van zijn hypotheekrecht, zal de hypotheekhouder ook acht moeten slaan op de regelgeving waaraan hij op grond van zijn hypotheekhouderschap of in een andere hoedanigheid gebonden is. In dit onderdeel komt de drie belangrijkste voorbeelden daarvan aan de orde: de Algemene Bankvoorwaarden, de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en de Voorwaarden en Normen van de Nationale Hypotheekgarantie.

1. De zorgplicht op grond van art. 2 Algemene Bankvoorwaarden

In de eerste plaats geldt dat, indien de hypotheekhouder een in Nederland gevestigde bank is, in de onderlinge verhouding tussen hypothekgever (kredietnemer) en hypotheekhouder (kredietgever) de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) van toepassing zijn. Voor deze bespreking is met name de zorgplicht, opgenomen in art. 2 ABV van belang:

keren en de toenemende vertrouwensproblemen maken dat van de bank niet verlangd kan worden dat zij de kredietrelatie voortzet.

‘De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.’⁵⁷⁵

Deze zorgplicht strekt zich mijns inziens ook uit tot de fase waarin de hypotheekhouder tot executoriale verkoop wil overgaan.⁵⁷⁶ Voor zover dit niet reeds uit de hierboven besproken wettelijke regelingen kan worden afgeleid, moet de hypotheekhouder bij de beslissing om tot executoriale verkoop over te gaan mede acht slaan op de belangen van de hypotheekgever – op straffe van aansprakelijkheid als gevolg van overtreding van art. 2 ABV.⁵⁷⁷ Omdat de zorgvuldigheid die de hypotheekhouder bij zijn beslissing om tot executoriale verkoop over te gaan hiervoor reeds uitgebreid besproken is, wordt hierop in dit onderdeel niet nader ingegaan. De zorgplichten van de hypotheekhouder *tijdens* de executoriale verkoop komen in onderdeel 5.3.2 aan de orde.

2. Gedragscode Hypothecaire Financiering

Ten tweede zal de hypotheekhouder bij zijn beslissing om tot executoriale verkoop over te gaan de Gedragscode Hypothecaire Financiering (GHF) in acht moeten nemen.⁵⁷⁸ Voor dit onderdeel is het bepaalde in art. 15 GHF van belang:

‘Indien een consument zijn verplichtingen uit hoofde van de hypothecaire financiering niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt of dat gevaar aantoonbaar dreigt, zal de hypothecair financier in overleg met de consument treden om te bezien of het mogelijk is een redelijke en voor de hypothecair financier en de consument acceptabele oplossing te vinden voor de gerezen problemen. Bij het zoeken naar een (tijdelijke) oplossing is de hypothecair financier, daar waar het in het belang van de klant is, niet gebonden aan de bepalingen in art. 6[⁵⁷⁹] De hypothecair financier zal alsdan het hypothecair verbonden registergoed niet in het openbaar verkopen dan nadat voormeld overleg heeft plaatsgevonden dan wel daartoe een poging is ondernomen, maar in ieder geval niet binnen twee maanden na het tijdstip waarop de consument zijn verplichtingen had behoren na te komen, tenzij in redelijkheid niet van de hypothecair financier mag worden gevergd dat hij in overleg treedt met de consument of dat hij voormelde termijn van twee maanden in acht neemt.’

⁵⁷⁵ Algemene bankvoorwaarden 2009, via www.nvb.nl.

⁵⁷⁶ Vgl. Slagter 1999, p. 26: de zorgplicht van de bank strekt zich ook uit tot dienstverlening die niet een gevolg is van opdrachten en met de cliënt gesloten overeenkomsten.

⁵⁷⁷ Bakker & Haas 2010, p. 296-297; Mölenberg & Verstappen 1996, p. 350-351. Zie ook: Slagter 1999, p. 25 die erop wijst dat de algemene zorgplicht van de bank een verbijzondering is van de hoofdregel dat een overeenkomst wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid.

⁵⁷⁸ Gedragscode Hypothecaire Financieringen, in werking getreden op 1 augustus 2011, te raadplegen via www.nvb.nl en gedeponeerde bij de Kamer van Koophandel te Amsterdam onder nummer 273929.

⁵⁷⁹ Art. 6 van de Gedragscode handelt over de leencapaciteit.

Deze bepaling beperkt de bevoegdheid van de hypotheekhouder om bij verzuim tot executoriale verkoop over te gaan. De hypotheekhouder moet in beginsel bij (dreigend) verzuim eerst in contact treden met de hypotheekgever om te bezien of er een oplossing mogelijk is en mag, ook als er geen oplossing mogelijk blijkt, *a contrario* geredeneerd pas twee maanden na het ontstaan van het verzuim tot openbare executoriale verkoop overgaan.

De GHF is een afspraak tussen het Contactorgaan Hypothecair Financiers en de Nederlandse Vereniging van Banken.⁵⁸⁰ Het toepassingsgebied ervan is ruim; art. 2 GHF verklaart de Gedragscode van toepassing op iedere hypothecaire financiering die door een hypothecair financier als standaardproduct aan consumenten in het openbaar wordt aangeboden dan wel verstrekt.

In beginsel geldt de GHF alleen tussen contractspartijen; het Contactorgaan Hypothecair Financiers en de Nederlandse Vereniging van Banken.⁵⁸¹ Voor de consument is in art. 18 GHF een klachtenregeling opgenomen, op grond waarvan bij niet-naleving van een of meer van de bepalingen van de GHF (onder meer) een consument die rechtstreeks in zijn belang is getroffen, een klacht kan indienen bij de Geschillencommissie Hypothecaire Financieringen. Deze Geschillencommissie kan een bindend advies geven, dan wel een tucht-rechtelijke uitspraak doen. De hypotheekgever die meent dat sprake is van schending van art. 15 GHF kan aldus een klacht indienen bij de Geschillencommissie.

Zou de hypotheekgever daarnaast een beroep toekomen op onrechtmatige daad, indien de hypotheekhouder in strijd met deze Gedragscode overgaat tot executoriale verkoop? Kleijn acht dit denkbaar.⁵⁸² Dat de Gedragscode in het belang van de hypotheekgever is opgesteld en strekt tot zijn bescherming wordt duidelijk uit de inleiding bij de Gedragscode die op 1 maart 2001 in werking trad en een voorganger is van de huidige Gedragscode:

‘Per jaar worden in Nederland enige honderdduizenden hypothecaire financieringen verstrekt, meestal voor de financiering van de aankoop van een woning. Voor een particuliere consument vormt het kiezen van zo'n financiering een van de belangrijkste beslissingen in zijn leven. Het is dus van belang dat hij optimale informatie krijgt, aanbiedingen met elkaar kan vergelijken en tijdens de financiering een goede rechtspositie heeft. De belangrijkste verstrekkers van hypothecaire financieringen houden zich daarom aan bepaalde gedragsregels, zowel bij de aanbieding als tijdens de looptijd.’⁵⁸³

⁵⁸⁰ Kleijn 2007. Kleijn bespreekt hier de Gedragscode zoals deze gold van 1 januari 2007 tot 1 augustus 2011.

⁵⁸¹ Kleijn 2007.

⁵⁸² Kleijn 2007.

⁵⁸³ Hierover: Danhuis 2000. In de huidige Gedragscode is deze inleiding overigens niet opgenomen.

Hiermee lijkt dan ook te worden voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. De norm van de Gedragscode beoogt hier de consument/hypotheekgever te beschermen tegen een te overhaaste beslissing van de hypotheekhouder om tot executoriale verkoop over te gaan. Om daadwerkelijk voor schadevergoeding in aanmerking te komen, zal uiteraard ook aan de andere materiële vereisten van art. 6:162 BW voldaan moeten zijn.

3. Voorwaarden en Normen Stichting WEW

Ten slotte wordt hier nog gewezen op de Voorwaarden en Normen van de Stichting WEW.⁵⁸⁴ Voor dit onderdeel zijn de art. B8 tot en met B11 van de Voorwaarden van bijzonder belang. In deze artikelen worden de bevoegdheden van de hypotheekhouder in geval van verzuim van de hypotheekgever ingevuld.

Art. B8 verplicht de hypotheekhouder tot overleg met de hypotheekgever, indien de laatste zijn verplichtingen niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt. Dit overleg ziet op de bevordering van een oplossing van de betalingsproblemen, de uitkomst ervan wordt door de hypotheekhouder schriftelijk vastgelegd. Art. B9 ziet op de melding van beslaglegging op de woning dan wel een betalingsachterstand van vier volledige maanden aan de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen. De stichting kan vervolgens in overleg treden met de hypotheekhouder en desgewenst met de hypotheekgever om de betalingsproblemen op te lossen, dan wel om een zo hoog mogelijke opbrengst te verkrijgen.

Art. B9A ziet op de Woonlastenfaciliteit, die in onderdeel 5.3.1.2, onder 4B is besproken.

Art. B10 heeft betrekking op de onderhandse verkoop van de woning. Als sprake is van betalingsachterstand dan wel een oplossing van betalingsproblemen redelijkerwijs niet mogelijk is en verkoop onvermijdelijk lijkt, moet de hypotheekhouder onderzoeken of onderhandse verkoop tegen een zo hoog mogelijke opbrengst mogelijk is. Het betreft dan een verkoop door de hypotheekgever en derhalve geen executoriale verkoop. Het is mogelijk de woning onder de executiewaarde te verkopen, maar dan wel na overleg met de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen.

Is onderhandse verkoop niet mogelijk, dan is art. B11 van belang. Dit artikel bepaalt dat pas na schriftelijke toestemming van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen tot executoriale verkoop mag worden overgegaan. Voorts schrijft art. B11 voor dat de executoriale verkoop plaatsvindt via een regionale executieveiling, zie daarover onderdeel 3.3.1.1, en is de verplichting het huurbeding in te roepen opgenomen, indien blijkt dat de woning in gebruik is bij anderen dan de hypotheekgever. Daarnaast is in deze bepaling de mogelijkheid van onderhandse executoriale verkoop onder voorwaarden opgenomen.

Het belang van naleving van de Voorwaarden & Normen voor de hypotheekhouder is gelegen in de betaling van het verschil door de Stichting WEW van tussen de vordering waarvoor tot executoriale verkoop werd overgegaan en de opbrengst, zoals besproken in onderdeel 4.3.1.2. Op grond van

⁵⁸⁴ Hier wordt uitgegaan van de versie Voorwaarden & Normen 2012-2, te raadplegen via www.nhg.nl. Zie over NHG en de Stichting WEW nader onderdeel 4.3.1.2.

art. B12 lid 3 hoeft de Stichting in beginsel niet over te gaan tot betaling van het verlies als de hypotheekhouder de Voorwaarden & Normen niet is nagekomen.

5.3.2 De verantwoordelijkheden van de hypotheekhouder gedurende de executoriale verkoopprocedure

Stel dat het na een zorgvuldige voorfase toch komt tot executoriale verkoop. Dan komt de vraag op naar de verantwoordelijkheden van de hypotheekhouder gedurende de procedure heeft. Hieronder wordt deze vraag in twee onderdelen uitgewerkt. Het eerste onderdeel ziet op een algemene verantwoordelijkheid van de hypotheekhouder jegens de andere betrokkenen, terwijl in het tweede onderdeel meer specifiek wordt ingezoomd op de verantwoordelijkheid jegens de hypotheekhouder.

5.3.2.1 De belangen van de overige betrokkenen: het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst

In hoeverre dient de hypotheekhouder gedurende de executoriale verkoop rekening te houden met de belangen van andere betrokkenen? Voor de beantwoording van deze vraag wordt gewezen op een arrest van de Hoge Raad.⁵⁸⁵ In dit arrest, dat meer in het algemeen ziet op de mogelijkheid van analoge toepassing van de lossingsbepaling (art. 3:269 BW) bij executoriale verkoop door de beslaglegger, overweegt de Hoge Raad dat de hypotheekhouder bij de uitwinning de belangen van beslagleggers *niet* hoeft te respecteren:

‘In het geval van executoriale verkoop van een onroerende zaak waarop meer beslagen zijn gelegd, vindt ingevolge art. 513 lid 1 Rv. de executie plaats op de vervolging van degene die het eerst overeenkomstig art. 505 lid 1 Rv. het proces-verbaal van beslag heeft doen inschrijven. Hieraan ontleent deze schuldeiser echter, gelet op het in art. 3:277 BW neergelegde gelijkheidsbeginsel, geen voorrang boven de andere beslagleggers voor verhaal van zijn vordering op de executieopbrengst. Zijn positie verschilt in zoverre dus wezenlijk van die van de executerende hypotheekhouder die, behoudens het in art. 3:279 BW bedoelde geval van hoogpreferente voorrechten, de belangen van de beslagleggers op de verhypothekerde zaak niet hoeft te respecteren. De executoriale beslaglegger echter handelt bij de executie mede in het belang van de overige beslagleggers. Daarom verkeert de executoriale beslaglegger die ook andere vorderingen op de beslagene heeft waarvoor geen beslag is gelegd, anders dan de hypotheekhouder, niet in de positie [...] dat hij door met executie te dreigen, de schuldenaar onder omstandigheden ertoe kan bewegen niet alleen de vordering waarvoor het beslag is gelegd, maar ook die andere vorderingen te voldoen. Gezien dit alles is geen aanleiding voor overeenkomstige toepassing van het lossingsrecht van de hypothecaire schuldenaar in het geval van executoriale verkoop.’

⁵⁸⁵ Hoge Raad 19 februari 2010, NJ 2012, 126 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Willems/Poort c.s.). Zie voor de centrale vraag in dit arrest nader onderdeel 6.2.4.3.

Bij deze overweging kunnen de nodige vraagtekens worden gezet.⁵⁸⁶ Zo stelt Steneker in zijn annotatie bij dit arrest dat de hypotheekhouder wel degelijk rekening dient te houden met andere betrokkenen:

‘Hij [de hypotheekhouder, IV] zal bijvoorbeeld geen genoegen mogen nemen met een te lage prijs wanneer andere lager gerangschikte schuldeisers met een recht op de executieopbrengst daardoor worden benadeeld, hetzij omdat er voor hen een kleiner overschot resteert, hetzij omdat de executerende hypotheekhouder daardoor voor een hogere restantvordering concurreert bij verhaal op andere goederen. Ik zie daarom niet in waarom een executerende hypotheekhouder in het bijzonder rekening zou moeten houden met schuldeisers hoger in rang, en in het geheel niet met schuldeisers lager in rang.’⁵⁸⁷

Deze stelling lijkt mij in beginsel juist. Uit het betoog in onderdeel 4.3.1.1 vloeit voort dat de hypotheekhouder bij de uitoefening van zijn rechten bij de executoriale verkoop ook rekening moeten houden met de belangen van de overige betrokkenen. Deze verplichting uit zich in het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, *ook* als de vordering van de hypotheekhouder ruimschoots uit de opbrengst kan worden voldaan.⁵⁸⁸ Als dat in het belang is van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, dient de hypotheekhouder gebruik te maken van zijn bevoegdheden bij de executoriale verkoop. Deze bevoegdheden worden hier besproken.

Ten eerste is van belang dat de hypotheekhouder in de wettelijke regeling een aantal instrumenten ter beschikking heeft gekregen ten behoeve van het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Zo kan de hypotheekhouder op grond van art. 3:264 BW het huurbeding invoeren, teneinde de huurder bij executoriale verkoop tot ontruiming te kunnen dwingen en zo een goed vrij van huur te kunnen aanbieden bij de verkoop. Daarnaast kan de hypotheekhouder het goed in beheer nemen dan wel onder zich nemen ten behoeve van onder meer bezichting en taxatie en het opknappen van het goed voor de verkoop (art. 3:267 BW). De bevoegdheden die de hypotheekhouder op grond van deze bedingen heeft worden in onderdeel 6.6 en 6.7 verder uitgewerkt. Voor dit onderdeel is van belang dat de hypotheekhouder ten behoeve van *de beste voorbereiding* onder omstandigheden gehouden is tot het invoeren van deze bedingen. Juist omdat hij op grond van de wet beschikt over deze bevoegdheden, kan hij (ook jegens de overige betrokkenen) gehouden zijn daarvan

⁵⁸⁶ Vgl. Bartels & Tweehuysen 2010-I die over deze overweging opmerken: ‘Hoewel de Hoge Raad zich hier dus lijkt te richten op bescherming van de belangen van de overige beslagleggers (en hypotheekhouders, naar wij aannemen), wordt dat belang door lossing niet direct geschaad.’

⁵⁸⁷ A. Steneker, annotatie onder Hoge Raad 19 februari 2010, *JBPR* 2010, 29.

⁵⁸⁸ Van Velten 1997, p. 381.

gebruik te maken. Onder omstandigheden, want hij dient daarbij – in overleg met de notaris – een afweging te maken van de te verwachten meeropbrengst en de kosten. Afhankelijk van het object en het te verwachten publiek bij de executoriale verkoop kan hij dan gebruikmaken van de bedingen teneinde een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen bij de verkoop.

Daarnaast kan worden gewezen op de bevoegdheid van de hypotheekhouder *de meest geschikte wijze* van verkoop te bepalen, zij het dat de hypotheekhouder op grond van de huidige wet gebonden is aan de wettelijke mogelijkheden van onderhandse executoriale of openbare executoriale verkoop. De wijze van verkoop (onderhands of openbaar) die gekozen wordt, ligt in eerste instantie bij de hypotheekhouder.⁵⁸⁹ Gezien zijn verplichting tot het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, zal hij echter in beginsel gehouden zijn een goed onderhands bod op het goed te accepteren, waarmee met ‘goed’ bedoeld wordt een bod dat naar verwachting bij openbare executoriale verkoop niet zal worden overtroffen. Dat wil zeggen dat hij aansprakelijk kan worden gesteld door de hypotheekgever en andere belanghebbenden, indien hij nalaat een koopovereenkomst te sluiten met de bieder die een onderhands bod boven de te verwachten opbrengst bij openbare verkoop heeft gedaan en bij de openbare verkoop een lagere opbrengst wordt behaald.⁵⁹⁰ Dit brengt mee dat de hypotheekhouder voor iedere executoriale verkoop een zorgvuldige inschatting dient te maken van de te verwachten opbrengst bij openbare verkoop. Alleen op deze wijze is de hypotheekhouder immers in staat een onderhands bod op waarde te schatten en een zorgvuldige afweging te maken ten aanzien van de meest geschikte verkoopwijze.

Als het toch komt tot een executoriale verkoop, dient de hypotheekhouder het goed in beginsel te gunnen aan de hoogste bieder.⁵⁹¹

Ten slotte wordt hier nog gewezen op de bevoegdheid van de hypotheekhouder om de verkoop over te nemen van een beslaglegger (art. 509 Rv) of een lager gerangschikte hypotheekhouder (art. 544 lid 3 Rv). In het licht van dit onderdeel

⁵⁸⁹ Wel heeft ook de hypotheekgever de mogelijkheid een onderhandse executoriale verkoop tot stand te brengen, zo volgt uit art. 3:268 lid 2 BW. Zie echter onderdeel 6.3.3.1.

⁵⁹⁰ Vgl. Hof Arnhem 18 juni 1986, *NJ* 1988, 100 (Rabobank/Bossink) over de executoriale verkoop van een graafmachine in opdracht van de bank: ‘De aansprakelijkheid van de bank is immers behalve op grond van hetgeen hiervoor werd overwogen, ook daarom gegeven, omdat de bank in het algemeen als executant verantwoordelijk is voor de wijze waarop zij verkiest haar executierechten uit te oefenen, zodat wanneer die wijze van executie tot schade leidt voor de geëxecuteerde zoals [in casu] doordat de op de veiling geboden hoogste koopprijs niet is betaald geworden – deze aan haar, als vallend in haar risicosfeer behoort te worden toegerekend.’

⁵⁹¹ Hof Arnhem 3 februari 2004, *LJN* AO5923.

is deze bevoegdheid met name van belang, omdat de hypotheekhouder gebruik kan maken van zijn bevoegdheden tot onderhandse executoriale verkoop en het inroepen van de bedingen van art. 3:264 BW (huurbeding) en 3:267 BW (beheerbeding en beding van onder zich nemen). Dit kan in het belang zijn van de netto-opbrengst, indien de schuldeiser die de executoriale verkoop heeft opgestart niet over deze bevoegdheden beschikt. Hetzelfde geldt indien de hypotheekhouder in het belang van de opbrengst bepaalde rechten bij de executoriale verkoop *wel* kan negeren. Nu de hypotheekhouder gebruik kan maken van deze bevoegdheden en zo ten behoeve van de hypotheekgever en de andere betrokkenen een hogere opbrengst kan bereiken, zal hij onder omstandigheden gehouden zijn tot overname.⁵⁹²

5.3.2.2 De bijzondere zorgplicht tegenover de hypotheekgever

Naast een algemene zorgplicht tot het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst ten behoeve van de betrokkenen, heeft de hypotheekhouder ook een bijzondere zorgplicht jegens de hypotheekgever. Deze zorgplicht kan worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad uit 2011.⁵⁹³ In dit arrest draaide het om de betaling van de achterstand en kosten door de hypotheekgever, nadat reeds een verzoekschrift tot onderhandse executoriale verkoop aan de voorzieningenrechter ter goedkeuring was voorgelegd.

De wet biedt de hypotheekgever de mogelijkheid de voor hem verstrekkende gevolgen van de executoriale verkoop op het laatste moment te voorkomen. Uit art. 3:269 BW volgt dat tot het tijdstip van gunning – of goedkeuring door de voorzieningenrechter van de onderhandse verkoop – de verkoop kan worden voorkomen door voldoening van de hypothecaire schuld en executiekosten. De reden voor deze bepaling lijkt gelegen in de bescherming van de hypotheekgever: als de hypotheekhouder voldaan kan worden, mag hij niet een voor de hypotheekgever nadelige verkoop doorzetten.⁵⁹⁴ De hypotheekhouder heeft op grond van zijn hypotheekrecht een verhaalsrecht. Voor de uitoefening van dit recht is geen plaats, indien de hypotheekgever de vordering waarvoor de hypotheekhouder tot verhaal wil overgaan, voldoet.

⁵⁹² Vgl. het betoog in onderdeel 5.3.1.2, onder 2 i.v.m. Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, *LJN* BJ0413.

⁵⁹³ Hoge Raad 10 juni 2011, *NJ* 2011, 423 m.nt. P.A. Stein (ING/Kreuger & Veluwenkamp). Een deel van de onderstaande tekst is eerder in artikelvorm verschenen, zie I. Visser, 'De onderhandse executoriale verkoop en de zorgplicht van de hypotheekhouder', *De Notarisklerk* maart/april 2012, p. 24-27. Onderstaande tekst is een verkorte versie. Voor een uitgebreide bespreking van het arrest verwijs ik naar dit artikel.

⁵⁹⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 828 (TM).

In het arrest komt aan de orde, of de hypotheekgever de executoriale verkoop en de overdracht als gevolg daarvan ook kan voorkomen indien hij niet de hypothecaire schuld en executiekosten voldoet, zoals vereist voor lossing ex art. 3:269 BW, maar ‘slechts’ de achterstand en executiekosten.

Voor een goed begrip wordt hier eerst de casus die aan het arrest ten grondslag ligt besproken.⁵⁹⁵ Op 13 april 2006 sluiten bidders Kreuger en Veluwenkamp met hypotheekhouder ING een koopovereenkomst in de zin van art. 3:268 lid 2 BW. In deze koopovereenkomst is als ontbindende voorwaarde opgenomen dat ‘de vereiste toestemming van de voorzieningenrechter [...] niet of niet onvoorwaardelijk is verkregen’. In de koopovereenkomst zijn de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen Amsterdam 2001 (AVEA 2001) op de overeenkomst van toepassing verklaard.

Deze koopovereenkomst wordt vervolgens ter goedkeuring voorgelegd aan de voorzieningenrechter ex art. 3:268 lid 2 BW. Tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek is ten overstaan van de voorzieningenrechter overeengekomen dat de hypotheekgever binnen een week aan de hypotheekhouder de achterstand en executiekosten zou voldoen, waarna de hypotheekhouder de executoriale verkoop zou beëindigen. De zaak werd vervolgens een week aangehouden. In de tussentijd sommeerden de kopers de hypotheekhouder geen minnelijke regeling te sluiten, de voorzieningenrechter te verzoeken alsnog te beslissen conform het verzoekschrift en mee te werken aan de levering aan kopers. Als de hypotheekhouder hieraan niet zou voldoen, zouden kopers aanspraak maken op levering, een contractuele boete als bedoeld in art. 22 lid 2 AVEA 2001 en schadevergoeding.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ Zoals afgeleid uit rechtsoverweging 3.1 van het arrest en de conclusie van AG Rank-Berenschot.

⁵⁹⁶ Art. 22 AVEA 2001 luidt, voor zover van belang, als volgt:

- ‘1. Bij niet of niet tijdige nakoming van de koopovereenkomst, anders dan door een niet aan één van partijen toe te rekenen tekortkoming, is de nalatige partij aansprakelijk voor alle daaruit voor de wederpartij ontstane schade met kosten en rente, ongeacht het feit of de nalatige partij in verzuim is in de zin van het volgende lid.
2. Indien één van de partijen, na bij deurwaardersexploit of aangetekend schrijven in gebreke te zijn gesteld, gedurende drie (3) dagen met de nakoming van één of meer van haar verplichtingen nalatig blijft, is deze partij in verzuim en heeft de wederpartij de keuze tussen:
 - a. nakoming van de koopovereenkomst te vorderen indien dit in redelijkheid van de nalatige verlangd kan worden, in welk geval de nalatige na afloop van de vermelde termijn van drie dagen voor elke sedertdien ingegane dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijke opeisbare boete verschuldigd is van drie promille (3‰) van de koopsom met een minimum van in elk geval eenduizend gulden (f. 1000,-) of
 - b. de koopovereenkomst te ontbinden, met dien verstande dat de ontbinding door de koper slechts kan worden gevraagd door rechterlijke tussenkomst. →

De hypotheekhouder heeft niet aan de sommatie van de kopers voldaan. Omdat de hypotheekgever de achterstand en executiekosten voldoet, verklaart de voorzieningenrechter in zijn beschikking de hypotheekhouder niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot goedkeuring van de onderhandse koopovereenkomst.⁵⁹⁷ Hierop eisen kopers nogmaals betaling van de boete zoals opgenomen in art. 22 lid 2 onder a AVEA 2001. De hypotheekhouder geeft echter aan niet vrijwillig aan deze vordering te zullen voldoen. De ontbindende voorwaarde die in de koopovereenkomst was opgenomen is in vervulling gegaan en daarmee is de koopovereenkomst ontbonden, zo stelt de hypotheekhouder. Daarop vorderen de kopers, die het klaarblijkelijk niet met dit standpunt eens zijn, ontbinding van de koopovereenkomst en veroordeling van de hypotheekhouder tot betaling van de boete van 15% van de koopsom. Op grond van art. 22 lid 2 onder b AVEA 2001 is daarvoor rechterlijke tussenkomst vereist.

Aan de vordering van de kopers ligt ten grondslag dat de hypotheekhouder is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst door het overeenkomen van de minnelijke regeling met de hypotheekgever. Zij stellen zich daarbij op het standpunt dat de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst op grond van art. 6:23 lid 2 BW als niet vervuld heeft te gelden. In deze procedure ligt dan ook de vraag voor of de ontbindende voorwaarde van niet- of niet onvoorwaardelijke goedkeuring door de voorzieningenrechter in dit geval als niet vervuld heeft te gelden, omdat de hypotheekhouder de hypotheekgever de kans gaf de executoriale verkoop te voorkomen, met niet-goedkeuring door de voorzieningenrechter (en derhalve het intreden van de ontbindende voorwaarde) als gevolg.

De vordering van de kopers wordt door de rechtbank afgewezen, maar door het hof (die de zaak overigens niet in het licht van art. 6:23 BW beoordeelt) toegewezen. Tegen dit arrest wordt door de hypotheekhouder cassatie ingesteld. In cassatie doet de hypotheekhouder een beroep op de vervulling van de ontbindende voorwaarde, nu de toestemming van de voorzieningenrechter niet is verkregen. Het verweer van kopers wordt door de Hoge Raad, in de woorden

In geval van ontbinding verbeurt de nalatige partij tegenover de wederpartij een onmiddellijk opeisbare boete van vijftien procent (15%) van de koopsom.
[...]

6. Betaalde of verschuldigde boete strekt in mindering van verschuldigde schadevergoeding met rente en kosten.'

⁵⁹⁷ Dat het in deze procedure nog tot een beslissing komt, is het gevolg van een faxbericht van ING aan de voorzieningenrechter. Daarin stelt ING dat, hoewel de achterstand en kosten inmiddels voldaan zijn, toch een beslissing gewenst is vanwege het standpunt van kopers. Zie onderdeel 1.1, onder f van de conclusie van AG Rank-Berenschot.

van Schuijling ‘met enige cassatietechnische behendigheid’,⁵⁹⁸ als volgt samengevat:

‘[Koper] c.s. hebben daartegen aangevoerd

- klaarblijkelijk [...] met het bepaalde in art. 6:23 lid 2 BW voor ogen
- dat aan ING een beroep op het vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde niet toekomt, nu dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Voor de beoordeling van de vraag of de voorwaarde op grond van art. 6:23 lid 2 BW als niet-vervuld moet gelden moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, zo overweegt de Hoge Raad. Welke omstandigheden dat hier zijn blijkt eveneens uit de overwegingen:

‘Tot deze omstandigheden behoren in dit geval in het bijzonder dat

- i) ING gebruik maakte van haar bevoegdheid tot parate executie als bedoeld in art. 3:268 lid 1 BW,
- ii) de ontbindende voorwaarde was opgenomen in een ondershandse koopovereenkomst als bedoeld in art. 3:268 lid 2 BW en
- iii) ING mede rekening diende te houden met de belangen van haar schuldenaar [...] die rechthebbende was op het goed dat executoriaal zou worden verkocht.’

Daarop volgt een meer algemene overweging ten aanzien van het belang van de hypotheekgever tijdens de executoriale verkoopprocedure:

‘In het algemeen is het belang van de rechthebbende op het verbonden goed ermee gediend zo mogelijk zijn tot de executie aanleiding gevende verzuim te zuiveren om daarmee de executoriale verkoop van het goed, met alle daaruit voor hem voortvloeiende nadelen, te voorkomen. Deze mogelijkheid is aanwezig zo lang als de executie niet is voltooid. De voorzieningenrechter zal dan ook zijn toestemming voor een ondershandse verkoop in beginsel aan de schuldeiser (moeten) weigeren als de schuldenaar alsnog bereid en in staat is hetgeen hij aan de hypothecaire schuldeiser is verschuldigd, te voldoen en deze mogelijkheid hem in redelijkheid niet mag worden onthouden.’

Dit alles leidt tot het oordeel dat het Hof Amsterdam blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting:

‘In de eerste plaats heeft het hof voorbijgezien aan de maatstaf van art. 6:23 lid 2. Het hof heeft immers niet beoordeeld of de redelijkheid en billijkheid verlangen dat de ontbindende voorwaarde als niet vervuld gold, doch is [...] ervan uitgegaan dat ING verplicht was de tussen partijen gesloten koopovereenkomst na te komen. Vervolgens heeft het hof miskend dat deze overeenkomst is gesloten in het kader van de uitoefening van het recht van parate executie, waarbij ING rekening diende te houden met de gerechtvaardigde belangen van haar schuldenaar. Het hof heeft deze belangen kennelijk, en ten onrechte, als niet relevant beschouwd. Ten slotte is het oordeel van het hof [...] dat het ING niet vrijstond een minnelijke regeling met [de schuldenaar] aan te gaan in

⁵⁹⁸ B.A. Schuijling, annotatie onder Hoge Raad 10 juni 2011, *JOR* 2011, 310 (ING/Kreuger & Veluwenkamp).

zijn algemeenheid onjuist, nu ING als schuldeiser in beginsel haar schuldenaar de mogelijkheid de executie van het verbonden goed te voorkomen, niet zonder meer mocht onthouden.’

Het arrest van het Hof Amsterdam wordt door de Hoge Raad vernietigd en voor verdere behandeling wordt verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch. Bij de beoordeling door het hof zal van belang zijn dat de voorzieningenrechter geen goedkeuring heeft gegeven aan het verzoekschrift, waarmee de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst in vervulling is gegaan. Van Straaten stelt dat het hof zal moeten onderzoeken of er een aanleiding was de hypotheekgever een laatste kans te geven én, zo nee, of op grond van art. 6:23 BW de redelijkheid en billijkheid verlangen dat de voorwaarde als niet-vervuld geldt.⁵⁹⁹ In dat geval had de hypotheekhouder geen beroep kunnen doen op de voorwaarde.

Het arrest kan mijns inziens de conclusie rechtvaardigen dat de hypotheekhouder ook *gedurende de executoriale verkoopprocedure* rekening moet houden met het belang van de hypotheekgever bij het voorkomen van executoriale verkoop. Hiermee ontstaat een algemene zorgplicht voor de hypotheekhouder.

Deze zorgplicht leidt er in de eerste plaats toe dat de voorzieningenrechter geen goedkeuring zal mogen verlenen aan de onderhandse executoriale verkoop als de hypotheekgever bereid en in staat blijkt tot de voldoening van achterstand en de reeds gemaakte executiekosten. Indien de hypotheekgever hiertoe pas – zoals in de onderhavige casus – bereid blijkt tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek bij de voorzieningenrechter, zal de voorzieningenrechter die van oordeel is dat het een serieus aanbod betreft de zaak moeten aanhouden om de hypotheekgever de gelegenheid te geven om te betalen. Hiermee wordt de controle op de uitoefening van de zorgplicht in laatste instantie in handen van de voorzieningenrechter gelegd.

Ten tweede geldt deze zorgplicht mijns inziens evenzeer bij een openbare executoriale verkoop. Dat zou betekenen dat, indien de hypotheekgever *voor* het moment van gunning bereid is en in staat blijkt de achterstand en kosten te voldoen de hypotheekhouder niet tot gunning zou mogen overgaan. Waar bij onderhandse executoriale verkoop de koop tot stand komt bij goedkeuring door de voorzieningenrechter, is dat bij openbare executoriale verkoop het geval bij gunning door de hypotheekhouder.⁶⁰⁰ Als de hypotheekgever vóór dat moment de achterstand en de reeds gemaakte executiekosten voldoet, zal de notaris niet mogen meewerken aan een akte van gunning. Immers, ook bij openbare executoriale verkoop zal gelden dat een hypothecaire schuldeiser, in de woorden van de Hoge Raad, zijn hypotheekgever de mogelijkheid de executie van het

⁵⁹⁹ Van Straaten 2012.

⁶⁰⁰ Zie ook Van Straaten 2012.

verbonden goed te voorkomen, niet zonder meer mag onthouden. Hier wordt derhalve de controle op naleving van de zorgplicht in handen van de notaris gelegd.

Anders dan bij lossing zal met de betaling van de achterstand en kosten ‘slechts’ de executoriale verkoop worden afgewend. Lossing in de zin van art. 3:269 BW zal er daarentegen toe leiden dat het hypotheekrecht teniet gaat. Voor lossing is echter ofwel betaling van de door het hypotheekrecht gedekte vordering, ofwel (bij een bankhypotheek) het maximumbedrag dat in de hypotheekakte is opgenomen vereist. Bartels & Tweehuysen stellen echter (in mijn ogen terecht) dat ook de betaling van het bedrag dat het goed bij executoriale verkoop zou opleveren (de executiewaarde) tot lossing leidt.⁶⁰¹

Omdat lossing een wettelijke bevoegdheid van de hypotheekgever betreft, zal de executoriale verkoopprocedure *zonder meer* moeten worden gestaakt bij betaling van de door hypotheek gedekte vordering en kosten. Ik vraag mij af dat ook bij de betaling van de achterstand en kosten het geval is. Gezien de overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot art. 6:23 BW meen ik dat een belangenafweging op grond van de omstandigheden van het geval is aangewezen. Dat betekent dat onder omstandigheden de onderhandse executoriale verkoop wel degelijk doorgang kan vinden, ondanks de aangeboden betaling van achterstand en kosten. Een dergelijke omstandigheid zou kunnen zijn dat de hypotheekgever reeds een aantal keren zijn verzuim heeft gezuiverd, maar steeds weer in betalingsproblemen geraakt en er ook nu geen uitzicht lijkt op verbetering. Het belang om verdere executiekosten (voor de toekomst) te voorkomen, weegt dan zwaarder dan het belang van de hypotheekgever om de verkoop (voor even) te voorkomen.⁶⁰²

5.4 Niet-nakoming van de voorschriften van executoriale verkoopprocedure

In dit onderdeel wordt nader ingegaan op de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure in het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij deze bespreking ligt de nadruk op de gevolgen van het niet of niet op de voorgeschreven wijze nakomen van deze voorschriften. Art. 3:268 lid 4 BW schrijft voor dat ‘een executie als in de vorige leden bedoeld geschiedt met inachtneming van de daarvoor in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven formaliteiten.’ Dit doet de vraag opkomen wat het gevolg is van overtreding van een of meer van deze voorschriften. Uit de

⁶⁰¹ Bartels & Tweehuysen 2010-II, p. 834-835. Evenzo: Van Straaten 2012; I. Spinath, annotatie onder Hoge Raad 19 februari 2010, *JOR* 2010, 116 (Willems/Poort); A. Steneker, annotatie onder hetzelfde arrest in *JBPR* 2010, 29. Zie echter: Hoge Raad 29 juni 1984, *NJ* 1985, 68 (AMRO Bank/Enkelaar q.q.): voor een bankhypotheek kan worden gelost tegen het maximumbedrag dat in de hypotheekakte is vermeld.

⁶⁰² Een soortgelijke redenering is ook te vinden bij Van Straaten 2012.

(recente) rechtspraak op dit gebied blijkt dat deze vraag meermaals wordt gesteld. Dit maakt een antwoord op deze vraag des te gewenster.

Deze bespreking vindt plaats in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure voorop. Om deze reden worden alleen de voorschriften met betrekking tot de voorbereiding en uitvoering van de onderhandse en openbare executoriale verkoop geanalyseerd. De voorschriften ten aanzien van de *afwikkeling* van de executoriale verkoop (de verdeling van de opbrengst) komen, omdat zij in het licht van het hoofddoel minder van belang zijn, hier niet besproken. Evenmin wordt aandacht besteed aan *inhoudelijke* gebreken bij de executoriale verkoop. Voor de bespreking daarvan wordt verwezen naar onderdeel 6.4.

5.4.1 Algemene inleiding op niet-nakoming van (vorm)voorschriften

Voordat de diverse voorschriften betreffende de executoriale verkoopprocedure aan een beschouwing worden onderworpen, wordt hier eerst ingegaan op de algemene vermogensrechtelijke en procesrechtelijke sanctie op de niet-nakoming van voorschriften. Deze bespreking is van belang voor de ‘sfeer’ waarin de analyse van de gevolgen van niet-nakoming van de voorschriften met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure plaatsvindt. Ook bij deze bespreking ligt de nadruk op de sanctie met betrekking tot *formele* gebreken.

5.4.1.1 De sanctie op niet-nakoming van voorschriften in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

In art. 3:39 BW staat de algemene vermogensrechtelijke sanctie op een formeel gebrek in de rechtshandeling, namelijk de niet-nakoming van *vorm*voorschriften. Deze bepaling geeft als hoofdregel nietigheid, maar biedt daarnaast een opening voor een ander oordeel. Dit hangt samen met de zogenaamde nuancering van de nietigheids sanctie in het Burgerlijk Wetboek, als gevolg waarvan niet steeds tot nietigheid van de gehele rechtshandeling wordt geconcludeerd bij overtreding van een voorschrift. Deze nuancering geschiedt op twee wijzen, zo wordt hierna duidelijk.

1. De strekking van het voorschrift

De eerste nuancering van de nietigheidssanctie volgt uit art. 3:39 BW zelf en de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling. In het Ontwerp Meijers waren nog de woorden ‘tenzij de wet anders *bepaalt*’ opgenomen.⁶⁰³ Bij Gewijzigd Ontwerp werden die woorden vervangen door de huidige tekst (‘tenzij uit de wet anders voortvloeit’). Regeringscommissaris Snijders licht deze wijziging als volgt toe:

⁶⁰³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 188 (OM). Cursivering toegevoegd door mij.

‘We hebben het wenselijk geacht, ook in art. 3.2.6 [art. 3:39 BW, IV] het accent te leggen op de gevallen, dat de afwijking *impliciet uit de wet voortvloeit* en niet expliciet is bepaald. De gedachte bij dit artikel was oorspronkelijk blijkbaar anders. Wij hebben echter gemeend, dat dit kon leiden tot een te strikte uitleg. Een vormvoorschrift kan duidelijk in het belang van één van beide partijen zijn en niet in het belang van de andere. In de regel dient dan de wederpartij zich niet op het vormvoorschrift te kunnen beroepen om te betogen, dat de rechtshandeling nietig is. De rechtshandeling behoort dan bijvoorbeeld slechts vernietigbaar te zijn. Door aldus het accent iets te verleggen is de redactie aangepast aan het voorafgaande artikel.’⁶⁰⁴

Deze wijziging voorkomt dat iedere overtreding van een vormvoorschrift, waarbij de betreffende bepaling niet zelf een andere sanctie voorschrijft, de rechtshandeling bedreigt met nietigheid. Niet alleen kan de wet bepalen dat overtreding niet met nietigheid wordt gesanctioneerd, dit kan ook uit de betreffende bepaling *voortvloeien*. Deze gedachte past bij het streven naar de relativisering van (de gevolgen van) nietigheid, zoals de ontwerpers van het huidige Burgerlijk Wetboek voor ogen stond.⁶⁰⁵ Hartkamp & Sieburgh noemen art. 3:39 BW als voorbeeld van een bepaling waarin een tendens naar vernietigbaarheid is waar te nemen. Deze tendens houdt in dat indien een bepaling slechts strekt tot bescherming van een bepaalde persoon, het aan die persoon overgelaten wordt de nietigheid te effectueren.⁶⁰⁶

Met de woorden ‘tenzij uit de wet anders voortvloeit’ wordt, in de woorden van Hartkamp & Sieburgh, ‘ruimte geboden om de strekking van het vormvoorschrift op te sporen en daarvan de sanctie op overtreding van het voorschrift te laten afhangen.’⁶⁰⁷ De hoofdregel van art. 3:39 BW zal dan ook moeten worden opgevat als een algemene richtlijn, waarvan afwijking mogelijk is indien dit uit de strekking van het betreffende voorschrift of het stelsel van de wet voortvloeit.⁶⁰⁸ Snijders stelt in verband hiermee:

‘Aldus ontstaat meer ruimte voor het aannemen van vernietigbaarheid in plaats van nietigheid en eventueel zelfs een sanctie bestaande in een verplichting van partijen over en weer om mee te werken aan het alsnog vervullen van het vereiste.’⁶⁰⁹

De in het huidige Burgerlijk Wetboek zichtbare tendens naar het terugdringen van de nietigheidssanctie en de verschuiving naar vernietigbaarheid, ook waar het vormvoorschriften betreft, biedt belangrijke aanknopingspunten voor de analyse van de sanctie op niet-, niet volledige of niet juiste nakoming voorschriften van de executoriale verkoopprocedure.

⁶⁰⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 189. Cursivering toegevoegd door mij.

⁶⁰⁵ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 615; Snijders 2003, p. 697-698.

⁶⁰⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 615.

⁶⁰⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 276.

⁶⁰⁸ Snijders 2003, p. 703.

⁶⁰⁹ Snijders 2003, p. 703.

De voorschriften van de executoriale verkoopprocedure staan echter met name in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarom verdient opmerking dat een soortgelijke tendens ook in het procesrecht zichtbaar is. Een voorbeeld hiervan bieden de artikelen 65 en 66 Rv. Beide bepalingen zien op exploten (en akten van rechtspleging), waarbij art. 65 Rv de gronden voor nietigheid van het exploit geeft en art. 66 Rv betrekking heeft op de mogelijkheden tot herstel indien de nietigheid daadwerkelijk wordt uitgesproken.⁶¹⁰ Uit deze indeling blijkt reeds dat, evenals bij niet-naleving van de vormvoorschriften in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:39 BW), niet bij ieder gebrek aan het exploit tot nietigheid moet worden geconcludeerd.

Art. 65 Rv beperkt de gronden van nietigheid tot de gevallen waarin het exploit lijdt aan een gebrek dat uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd en die waarin de nietigheid voortvloeit uit de aard van het gebrek. In wezen wordt hier als hoofdregel *geen nietigheid, tenzij* gegeven, terwijl art. 3:39 BW juist als hoofdregel *nietigheid, tenzij* voorschrijft.⁶¹¹ De nietigheidssanctie in het procesrecht wordt verder beperkt door art. 66 Rv. Deze bepaling schrijft voor dat nietigheid slechts is aangewezen in de gevallen waarin degene voor wie het exploit is bestemd door het gebrek onredelijk is benadeeld.⁶¹² Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling blijkt van de achtergrond van deze bepalingen:

‘In het eerste lid van artikel 1.6.20 [nu art. 66 Rv, IV] vindt men een beginsel dat in het kader van het streven naar deformalisering van het burgerlijk procesrecht in de jaren tachtig is ontwikkeld door de Hoge Raad en dat vervolgens ook in de wetgeving [...] tot uitdrukking is gebracht. Het bedoelde beginsel behelst dat nietigheid van proceshandelingen, zoals exploten alleen dient te worden aangenomen indien en voor zover dat gewenst is in verband met de bescherming van de belangen waarop de geschonden norm betrekking had. [...] Zo leidt een vormverzuim in een dagvaarding in beginsel alleen tot nietigheid, indien de gedaagde door dat vormverzuim daadwerkelijk is of dreigt te worden benadeeld [...]. Is bijvoorbeeld alleen zijn achternaam verkeerd gespeld, dan zal die benadeling niet gauw worden aangenomen; anders wordt dat wanneer de rechter het aannemelijk acht dat de gedaagde het stuk ten gevolge van het gebrek in het geheel niet onder ogen heeft gekregen. Die gedachte dient te worden doorgetrokken naar andere exploten dan dagvaarding. Ook daar moeten kleine fouten niet per se tot nietigheid leiden. De nietigheid moet ook daar voor “gedekt” kunnen worden verklaard.’⁶¹³

Ook het hier vermelde streven naar *deformalisering* – in wezen het terugdringen van de nietigheidssanctie bij niet-nakoming van proceshandelingen – is van belang bij de analyse van de sancties op niet-, niet volledige of niet juiste nakoming voorschriften van de executoriale verkoopprocedure.

⁶¹⁰ Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 75 (MvT).

⁶¹¹ Vgl. Verstappen 2003, p. 74. Hierover ook: Snijders 2003, p. 703-704.

⁶¹² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 75 (MvT).

⁶¹³ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 76 (MvT).

2. *Terugdringen van de gevolgen van de sanctie*

Ten aanzien van de nuancering van de nietigheidssanctie kan nog een tweede aspect worden waargenomen, te weten het terugdringen van de *gevolgen* van deze sanctie voor de rechtshandeling, zoals door Hijma betoogd:

‘Het nietigheidsprobleem is, zoals betoogd, er een van confligerende rechtsbelangen: aan de ene kant het zelfbeschikkingsbeginsel dat zich voor de handeling uitspreekt, aan de andere kant het algemeen belang dat zich er juist niet mee kan verenigen. Dit algemeen belang dient het hoogst te worden aangeslagen en wint dan ook de strijd. Maar uit het feit dat het zelfbeschikkingsprincipe, ook al wordt het in zijn werking door het algemeen belang teruggedrongen, zich toch steeds ten faveure van de rechtshandeling blijft uitspreken, vloeit voort dat het zich zal blijven doorzetten op die terreinen waar van een conflict geen sprake is. De negatieve kracht van het algemeen belang is derhalve logischerwijze begrensd tot de rechtsgevolgen waarvan de toekenning met dit algemeen belang onverenigbaar zou zijn: daarbuiten kan – en zal – het zelfbeschikkingsbeginsel onbelemmerd rechtsgevolgen in het leven blijven roepen. Er bestaat derhalve geen enkele aanleiding tot het nemen van een totaalbeslissing ter zake van “de” (lees: alle) rechtsgevolgen van de handelingen: veeleer zal van gevolg tot gevolg dienen te worden beslist of werkelijk een conflict bestaat.’⁶¹⁴

Met dit betoog ondersteunt Hijma de onder 1 besproken wijze van nuancering van de nietigheidssanctie. Uit het betoog meen ik te kunnen afleiden dat de nietigheidssanctie niet verder strekt dan het algemeen belang rechtvaardigt. Dit betekent dat in de gevallen dat tot nietigheid van de rechtshandeling moet worden geconcludeerd, deze nietigheid niet steeds de gehele rechtshandeling treft. De rechtshandeling wordt derhalve alleen getroffen door nietigheid *voor zover* het algemeen belang dit meebrengt.

Hijma introduceert hier tevens het begrip *algemeen belang* voor het bepalen van de gevolgen van het uitspreken van de nietigheidssanctie:

‘Allereerst kan hierbij worden gedacht aan het belang der wetshandhaving: het recht zal de eigen geschreven regels niet kunnen negeren. Daarnaast zijn er bepaalde ongeschreven maatschappelijke belangen waaraan al evenmin voorbij mag worden gegaan: geen staat mag rechtsstaat heten die geen oog zou hebben voor hetgeen door goede zeden en openbare orde wordt geëist. Zowel de regels van het geschreven recht als de genoemde basisbeginselen van ongeschreven recht eisen derhalve van de rechtshandeling hun tol.’⁶¹⁵

Waar bij het bepalen van de sanctie op het overtreden van een voorschrift van belang is wat de strekking van de bepaling is en welke belangen het voorschrift beoogt te beschermen, is voor het bepalen van de *gevolgen* van de opgelegde sanctie het met het voorschrift beschermde belang derhalve evenzeer relevant.

⁶¹⁴ Hijma 1988, p. 75.

⁶¹⁵ Hijma 1988, p. 52.

Verstappen acht het door Hijma gehanteerde begrip *algemeen belang* overigens minder passend, nu:

‘in geval van nietigheid wegens schending van vormvoorschriften ook de bescherming van partijbelangen een rol kan spelen’.⁶¹⁶

Wellicht is een oorzaak voor dit verschil van opvatting gelegen in het feit dat Hijma zich richt op de nietigheid van art. 3:40 BW (strijd met de wet, goede zeden of openbare orde; nietigheid betreffende de *inhoud* van de rechtshandeling dus), terwijl Verstappen de nietigheid in geval van overtreding van vormvoorschriften (art. 3:39 BW, nietigheid bij *formele* gebreken in de uitvoering van de rechtshandeling) bespreekt. Omdat de beschouwing in dit onderdeel gericht is op *formele* gebreken, sluit ik mij aan bij hetgeen Verstappen stelt: ook de bescherming van een partijbelang kan een rol spelen bij het bepalen van de gevolgen van overtreden van een voorschrift.

5.4.1.2 De voorschriften van de executoriale verkoopprocedure: vormvoorschriften?

Hiervoor is gesproken over de sanctie die het algemeen vermogensrecht stelt op de overtreding van *vormvoorschriften*. Onder vormvoorschrift in de zin van art. 3:39 BW verstaan Hartkamp & Sieburgh:

‘Onder vorm in de zin van deze bepaling is, gelet op art. 3:33 BW en art. 37 lid 1 BW, te verstaan de wijze waarop de wil tot het verrichten van een rechtshandeling wordt geuit, indien dit op andere wijze geschiedt dan door een verklaring die hetzij mondeling (en niet door het uitspreken van een bepaalde formule) wordt afgelegd hetzij in een gedraging (daaronder begrepen een stilzitten) besloten ligt.’⁶¹⁷

Vormvoorschriften in deze zin moeten worden onderscheiden van andere voorschriften ten aanzien van de geldigheid van een rechtshandeling, aldus Hartkamp & Sieburgh:

‘Tot de wettelijke vormvoorschriften behoren niet de wetsbepalingen die voor de geldigheid van een rechtshandeling een vereiste stellen zoals de goedkeuring van de handeling door een derde (bijvoorbeeld een overheidsorgaan), de mededeling aan een derde (art. 3:94 lid 1 BW), de inschrijving van een akte in openbare registers (art. 3:89 BW) of de registrering van de datum van een onderhandse akte (art. 3:237 BW). Deze handelingen staan, ook in de tijd, los van de wilsverklaringen van partijen.’⁶¹⁸

Hoe kunnen de voorschriften met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure worden geduid? Ik heb moeite de voorschriften aan te merken als

⁶¹⁶ Verstappen 2003, p. 68.

⁶¹⁷ Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 274.

⁶¹⁸ Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 275.

voorschriften ten aanzien van *wilsuitingen*. De voorschriften zijn veeleer procedureformaliteiten, voorschriften derhalve die tijdens de executoriale verkoopprocedure in acht moeten worden genomen. Zij betreffen dan ook veeleer de *geldigheid* van de rechtshandeling, met uitzondering van bijvoorbeeld het vormvoorschrift voor het proces-verbaal van toewijzing.⁶¹⁹ Daarvoor is de notariële vorm voorgeschreven.

Dat het gaat om formaliteiten voor de geldigheid van de rechtshandeling en niet om vormvoorschriften, volgt mijns inziens ook uit art. 3:268 BW. Het vierde lid schrijft als gezegd voor dat de executoriale verkoop geschiedt met inachtneming van de formaliteiten uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; op grond van art. 3:268 lid 5 BW is het niet mogelijk verhaal op andere wijze uit te oefenen. Uit de toelichting van Meijers wordt de achtergrond van deze bepaling duidelijk:

‘De onderhavige executieregeling kan niet door een andere worden vervangen. Aldus lid 2. Een dergelijke bepaling is nodig, omdat in het ontwerp aan de hier geregelde executie een allesbeheersende rol is toegedacht bij de uitwerking van de zuivering en de doorhaling.’⁶²⁰

Het is de vraag welke gevolgen de conclusie heeft dat het gaat om voorschriften voor de *geldigheid* van de executoriale verkoop en niet om *vormvoorschriften*. Indien de executoriale verkoopprocedure niet met inachtneming van de voorschriften is geschied, is de conclusie immers ook dat in beginsel sprake is van een nietige rechtshandeling.

Bij de beschouwing van de niet- of niet juiste naleving van de voorschriften kan mijns inziens derhalve evenzeer gebruik gemaakt van de hiervoor besproken uitgangspunten. Hoewel de nuancering van nietigheid in eerste instantie betrekking heeft op de vormvoorschriften, kunnen de gedachten die aan deze nuancering ten grondslag liggen wel degelijk ook voor de nuancering van de geldigheidsvereisten voor de executoriale verkoop opgaan. Voor deze formaliteiten geldt immers ook hetgeen Verstappen betoogt ten aanzien van vormvoorschriften:

‘Indien het belang daadwerkelijk is geschonden, is nietigheid zonder meer op zijn plaats. Nadere beschouwing leert evenwel, dat bij overtreding van op straffe van nietigheid

⁶¹⁹ De volgende akten vormen tezamen het proces-verbaal van toewijzing: ‘de eventuele afzonderlijke akte van bijzondere veilingvoorwaarden, van het/de proces(sen)-verbaal van inzet en afslag, van de eventuele akte van gunning, van de eventuele akte de command, samen met de notariële verklaring van betaling.’ Zie AVVE 2006, ‘Begrippen’, onder 17 en art. 17 lid 2. Zie ook art. 17 lid 2 AVEA 2001.

⁶²⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM).

voorgeschreven vormvoorschriften niet altijd ook het daardoor beschermde belang zal zijn geschonden. Als deze redenering verder wordt doordacht, wordt de figuur van nietigheid als zodanig, althans voor wat betreft schending van vormvoorschriften, ter discussie gesteld. Met andere woorden: schending van vormvoorschriften moet kunnen worden hersteld, de nietigverklaring door de wet is waar het de overtreding van vormvoorschriften betreft, geen passende hoofdregel. Nietigheid is eigenlijk alleen dan gerechtvaardigd, wanneer door overtreding van een rechtsregel het achterliggende belang daadwerkelijk geschonden is.⁶²¹

Ook voor de formaliteiten van de executoriale verkoop is onderzoek naar het als gevolg van de overtreding geschonden belang en de strekking van de bepaling relevant. Om deze reden wordt bij de bespreking hierna gebruik gemaakt van de inzichten uit de hiervoor vermelde literatuur ten aanzien van de nuancering van nietigheid.

De gevolgen van de conclusie dat de executoriale verkoopprocedure niet is verricht conform de voorschriften zijn bovendien zodanig verstrekkend, dat een analoge toepassing van de literatuur ten aanzien van de nuancering van nietigheid gerechtvaardigd is, zo zal hierna worden uitgewerkt.

5.4.1.3 De gevolgen van de executoriale verkoop

De rechtshandeling bij de executoriale verkoopprocedure is de koop. Deze koop komt, zoals iedere overeenkomst, tot stand door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW). Bij de openbare executoriale verkoop is het bod het aanbod, terwijl de aanvaarding geschiedt door gunning door de hypotheekhouder.⁶²² De koop ontstaat derhalve op het moment van gunning door de hypotheekhouder. De gunning kan vormvrij geschieden, zo blijkt uit de AVVE 2006, waardoor de enkele verklaring van de hypotheekhouder voldoende is om de koop te doen ontstaan.⁶²³ Bij de onderhandse executoriale verkoop komt de koop tot stand op het moment van goedkeuring door de voorzieningenrechter.⁶²⁴

Door de executoriale verkoop ontstaat de verplichting het goed te leveren aan de koper (art. 16 lid 1 AVVE 2006). Bij openbare executoriale verkoop vindt de levering plaats door inschrijving van het proces-verbaal van veiling (art. 525 lid

⁶²¹ Verstappen 2003, p. 67.

⁶²² Gräler 2004.

⁶²³ AVVE 2006, Begrippen, onder 10; AVEA 2001, zie Begrippen, onder 9. Zie ook: Hof Amsterdam (tuchtr.) 16 februari 2010, *LJN* BL5773.

⁶²⁴ Dat blijkt uit art. 3:269, 3:269 lid 2, tweede zin BW en het arrest Hoge Raad 10 juni 2011, *NJ* 2011, 423 m.nt. P.A. Stein (ING/Kreuger & Veluwenkamp). Zie ook Stein in zijn annotatie onder dit arrest. Zie voorts Rb. Rotterdam 20 april 2011, *LJN* BQ7044.

1 Rv),⁶²⁵ bij onderhandse executoriale verkoop door inschrijving van de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter.⁶²⁶

Als gevolg van de overdracht dient de geëxecuteerde het goed te verlaten (art. 525 lid 3 Rv), wordt de opbrengst verdeeld onder de rechthebbenden (art. 3:270-271 BW) en vindt zuivering plaats van alle hypotheeken, beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten (art. 3:273 BW). De verplichting tot levering van het registergoed rust op de hypotheekhouder. De bevoegdheid tot executoriale verkoop brengt ook de bevoegdheid tot overdracht mee, de vereiste beschikingsbevoegdheid ontleent de hypotheekhouder aan de wet (art. 3:227 lid 1 jo. 3:268 BW).⁶²⁷

Als de executoriale verkoopprocedure niet is verricht met inachtneming van de voorschriften, zal de verkoop nietig zijn en zal het goed niet meer met rechtsgevolg kunnen worden overgedragen aan de koper. Indien het gebrek in de executoriale verkoopprocedure pas *na* verkoop en overdracht wordt ontdekt, brengt deze conclusie derhalve gevolgen voor de geldigheid van de overdracht aan de koper. Door het gebrek in de overdracht van hypotheekhouder aan koper, is de koper achteraf gezien nooit eigenaar geworden van het goed.

Het belang van analyse van de gevolgen van het niet-, niet juist of niet volledig nakomen van de voorschriften voor de executoriale verkoop is dat deze gevolgen vaak contrair zijn aan de in het vorige hoofdstuk besproken uitgangspunten van de executoriale verkoop. Als gevolg van nietigverklaring van de executoriale verkoop kan de overdracht aan de koper niet plaatsvinden. De afwikkeling van de verkoop (de verdeling van de koopsom, de eventuele gedwongen ontruiming van de woning en de zuivering) vindt evenmin plaats. Het verzuim van de hypotheekgever, als gevolg waarvan de executoriale verkoop is opgestart, duurt echter voort. Dat betekent dat de executoriale verkoop opnieuw zal moeten worden opgestart, waardoor er opnieuw kosten worden gemaakt en de achterstand aan de hypotheekhouder veelal verder oploopt.

Met een *herveiling* wordt in de meeste gevallen geen recht gedaan aan het hoofddoel van executoriale verkoop. Dat doet de vraag opkomen of dit in het belang van de bij de executoriale verkoop betrokkenen is. Vaak zal dit niet het geval zijn. Het voorkomen van onnodige kosten is, zoals in het vorige hoofdstuk uitgewerkt, een belangrijk (neven)doel bij de executoriale verkoop. Ook moeten

⁶²⁵ Uit de AVVE 2006 is af te leiden dat het proces-verbaal van toewijzing bestaat uit de akte van bijzondere veilingvoorwaarden (indien opgemaakt), het proces-verbaal van inzet en afslag, de eventuele akte van gunning en de eventuele akte de command ('Begrippen', onder 17. Zie ook art. 17 lid 2 AVEA 2001).

⁶²⁶ Zie onderdeel 6.2.4.5.

⁶²⁷ Groefsema 1993, p. 86.

de gevolgen voor de uiteindelijke opbrengst worden bekeken. Indien herveiling zou leiden tot een lagere opbrengst, hetgeen geenszins onvoorstelbaar is, wordt het hoofddoel van executoriale verkoop niet gediend. Sterker nog, indien met het opnieuw maken van kosten eenzelfde of lagere opbrengst wordt behaald is het zelfs in het belang van alle betrokkenen – en in lijn met het hoofddoel van executoriale verkoop – om de eerste executoriale verkoop af te wikkelen. Herveiling leidt dan immers tot een suboptimaal resultaat.

Het voorgaande geldt in principe ook als de executoriale verkoop wordt *uitgesteld*, omdat de formaliteiten niet zijn nageleefd. De achterstand loopt verder op, terwijl opnieuw kosten moeten worden gemaakt vanwege de verschoven datum van executoriale verkoop (bijvoorbeeld aankondiging, zaalhuur). Bij het oordeel over uitstel van de executoriale verkoop zal hiermee terdege rekening moeten worden gehouden. Hierbij zal de afweging zijn of sprake is van zodanige gebreken dat uitstel, met alle extra kosten van dien, in het gegeven geval gerechtvaardigd is. Het is duidelijk dat de uitkomst van een dergelijke afweging afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zodat hiervoor geen algemene regels gegeven kunnen worden. Wel worden hier de belangen die bij de afweging een rol spelen besproken.

Het is de vraag of bovenstaande gevolgen bij iedere overtreding zouden moeten intreden, als het met het voorschrift beschermde belang niet is geschonden of de overtreding kan worden hersteld. Evenals in de literatuur ten aanzien van de schending van vormvoorschriften wordt betoogd, zal bij de bespreking van de gevolgen van schending van de voorschriften met betrekking tot de executoriale verkoop hieronder worden gezien in hoeverre een sanctie gerechtvaardigd is. Aan de hand van de nuancering van de nietigheids sanctie in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, wordt geanalyseerd in hoeverre de ongewenste gevolgen van overtreding van vormvoorschriften voorkomen worden.

5.4.1.4 De analyse van de gevolgen van overtreding van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure

Bij de analyse van de gevolgen van niet-, niet juiste of niet volledige nakoming van de voorschriften met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure wordt gebruik gemaakt van het stappenplan van Verstappen uit het KNB-Preadvies gevolgd.⁶²⁸ Bij de analyse worden de volgende vragen zo veel mogelijk beantwoord.⁶²⁹

⁶²⁸ Verstappen 2003, p. 75-76.

⁶²⁹ Deze vragen zijn gebaseerd op de uitgangspunten die Verstappen 2003, p. 66-76 bespreekt. Als uitgangspunten bij de bestudering van de gevolgen van gebreken aan →

1. Wat is verkeerd gegaan?

Bij de beantwoording van deze vraag wordt bezien welke formaliteiten het voorschrift voor de procedurehandeling eist en in hoeverre deze formaliteiten niet in acht zijn genomen.

2. Wat is het gevolg van hetgeen verkeerd is gegaan?

Bij de beantwoording van deze vraag wordt het wettelijke gevolg van de overtreding bekeken. Hierbij wordt geanalyseerd voor welke belanghebbenden de overtreding gevolgen heeft en in hoeverre de sanctie die uit art. 3:268 lid 5 BW volgt gerechtvaardigd is.

Voor de beantwoording is van deze vraag is de *strekking* van het voorschrift van belang. Dat de strekking van een voorschrift een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de gevolgen van overtreding ervan, is hiervoor reeds besproken. Dat maakt het wenselijk ook voor de executoriale verkoopprocedure het doel en de strekking van de diverse voorschriften te onderzoeken.

Zoals bij de bespreking van de voorschriften hierna zal blijken, is slechts voor enkele voorschriften in de parlementaire geschiedenis uitgewerkt wat de strekking ervan is dan wel welke sanctie de wetgever geschikt acht bij overtreding ervan. Om deze reden wordt hierna los van de parlementaire geschiedenis bij de voorschriften ook gekeken naar het in het vorige hoofdstuk uitgewerkte hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure en de daarbij behorende uitgangspunten. Daar bleek dat op macroniveau twee uitgangspunten gelden: het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure, het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, en het waarborgen van de belangen van de betrokkenen. Deze uitgangspunten zijn in de voorschriften voor de executoriale verkoopprocedure neergelegd. Zij vormen daarom belangrijke aanknopingspunten bij de bespreking van de *strekking* van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure.

Hierbij is ook hetgeen Verstappen opmerkt over de strekking van een rechtshandeling van belang:

‘Als de voor een specifieke rechtshandeling geldende vormvereisten door de wet zijn gesteld met het oog op het waarborgen van één of meer van deze belangen en de belangen zijn of kunnen nog op een andere manier voldoende worden gewaarborgd, dan ontvalt enerzijds de sanctie die de wet op het gebrek stelt, nietigheid (art. 3:39 BW), in

een notariële akte merkt hij aan: Wat is de strekking van het vormvoorschrift van de notariële akte?; Wie draagt de gevolgen van fouten van de notaris?; Het gevaar van de ondermijning van het notariële ambt; Wat is de betekenis van vormvoorschriften in een veranderde en veranderende maatschappij?

belangrijke mate de rechtsgrond en wordt daarmee anderzijds de rechtsgrond gegeven voor een figuur als bekrachtiging.⁶³⁰

Dit betoog is voornamelijk van belang vanwege de hierboven vermelde gevolgen van de nietigverklaring van de executoriale verkoop. Indien vanwege de overtreding van een voorschrift bij executoriale verkoop tot nietigheid wordt geconcludeerd kan het gevolg daarvan zijn dat het verbonden goed opnieuw executoriaal moet worden verkocht. Zoals in het vorige onderdeel besproken, zal dat in veel gevallen de belangen van de betrokkenen veelal slechts schaden. Om deze reden zal ook worden gezien of de belangen die met het voorschrift worden gediend ook en beter op een andere wijze kunnen worden gediend.

Ook is van belang dat bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure vanzelfsprekend het naleven van de voorschriften voorop hoort te staan. De notaris die van de hypotheekhouder een executieopdracht krijgt zal conform de wettelijke regeling moeten handelen. In de voorschriften zijn immers de in het vorige hoofdstuk uitgewerkte uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure neergelegd. Door strikte naleving wordt recht gedaan aan het bijzondere karakter van de executoriale verkoop: gedwongen verkoop van het goed van de hypotheekgever door de hypotheekhouder om zijn onvoldaan gebleven vordering te verhalen. De verstreckende gevolgen voor de hypotheekgever en de andere betrokkenen maken dat de notaris de voorschriften in beginsel strikt zal moeten naleven.

Bovendien geldt hier ten aanzien van de positie van de notaris, door de wetgever aangewezen als intermediair bij de executoriale verkoop, evenzeer hetgeen Verstappen opmerkt over het naleven van het vormvoorschrift van een notariële akte:

‘Zij die in de notariële praktijk lichtvaardig omgaan met de vormvereisten van een notariële akte, dienen zich voldoende te realiseren dat zij daarmee de bijl aan de wortel van het notariële ambt leggen.’⁶³¹

Anderzijds zal de conclusie dat de executoriale verkoop ongeldig is geschied ongewenste en onrechtvaardigde gevolgen kunnen hebben, zoals in het vorige onderdeel besproken. Om deze reden zal bij de analyse hierna ook worden gezien of de straf op overtreding van de formaliteiten niet gezocht dient te worden in de tuchtrechtelijke hoek, in plaats van in de civielrechtelijke hoek.⁶³²

⁶³⁰ Verstappen 2003, p. 69.

⁶³¹ Verstappen 2003, p. 70.

⁶³² Vgl. Verstappen 2003, p. 70.

Indien de fouten aan de zijde van de notaris liggen kan ervoor gekozen de notaris met behulp van het tuchtrecht op de vingers te tikken.

Voorts wijs ik nog op de mogelijkheid om weliswaar een civielrechtelijke sanctie op te leggen, maar dan een *andere* dan aantasting van de rechtshandeling. Door het opleggen van een andere sanctie dan nietigheid blijft de rechtshandeling onaangetast, maar ontstaat bijvoorbeeld een vordering uit schadevergoeding voor de door de overtreding benadeelde. Hierna zal overigens duidelijk worden dat de wetgever zelf deze sanctie in de parlementaire geschiedenis ook voorschrijft voor een aantal voorschriften, in plaats van tot nietigheid van de executoriale verkoop te concluderen.

3. Wat zijn de herstelmogelijkheden?

Ten slotte worden de mogelijkheden om de gemaakte fouten te herstellen besproken. De vraag naar herstelmogelijkheden doet zich vanzelfsprekend alleen voor als daadwerkelijk een sanctie gesteld moet worden op de niet of niet juiste nakoming van de voorschriften.

Indien geconcludeerd wordt dat een sanctie moet worden opgelegd, speelt art. 438 lid 2 Rv bij de analyse van de herstelmogelijkheden een belangrijke rol. Op grond van de vierde zin van deze bepaling kan de voorzieningenrechter in kort geding gedurende de executoriale verkoopprocedure herstel bevelen van verzuimde voorschriften en daarbij ook bepalen welke op het verzuim gevolgde formaliteiten opnieuw moeten worden verricht en te wiens laste de kosten daarvan zullen komen.

Als tijdens de executoriale verkoopprocedure voorschriften niet of niet juist worden nageleefd, kunnen de betrokkenen de procedure van art. 438 lid 2 Rv gebruiken om het verzuim te herstellen, zodat de executoriale verkoopprocedure kan worden voortgezet. Hiermee is een *algemene herstelmogelijkheid* voorhanden voor formele gebreken in de executoriale verkoopprocedure, waarvan met name de organisatoren van de verkoop, de notaris en de hypotheekhouder, gebruik kunnen maken.

Uit de hierna nog te bespreken rechtspraak blijkt dat in de praktijk ook wel de procedure van art. 518 Rv wordt gebruikt bij *formele* gebreken, maar deze bepaling ziet mijns inziens op *materiële* gebreken of geschilpunten. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 518 Rv lijkt ook te volgen dat deze bepaling is bedoeld als waarborg voor de belanghebbenden, zodat zij bezwaar kunnen maken tegen de inhoud van de veilingvoorwaarden, dan wel de wijze van verkoop of de dag, het uur of de plaats van de executoriale verkoop:

‘Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden en voorts ook de bevoegdheid van de belanghebbenden om langs de weg van artikel 518 tegen een voorgenomen wijze van verkoop bezwaar te maken.’⁶³³

Waar art. 518 Rv een waarborg biedt tegen (vermeende) schending van belangen van betrokkenen, biedt art. 438 lid 2 Rv een herstelmogelijkheid voor *formele* gebreken die zodanig zijn dat herstel ervan tijdens de procedure nodig is. Bij de procedure op grond van art. 518 lid 1 Rv is sprake van een *inhoudelijke* beoordeling, terwijl de procedure van art. 438 lid 2 Rv gericht is op het herstel van gebreken, zodat de executoriale verkoopprocedure kan worden voortgezet.

Ook is het betoog van Hijma, zoals besproken in onderdeel 5.4.1.1, onder 2 van belang. Dit uit zich in de vraag in hoeverre de gevolgen van de sanctie kunnen worden teruggedrongen.

5.4.2 De overtreding van de voorschriften van de executoriale verkoopprocedure

In dit onderdeel wordt voor drie stadia van de executoriale verkoopprocedure (aanzegging en mededeling aan belanghebbenden; oproeping van het publiek en informatieverstrekking; de verkoop zelf) besproken welke voorschriften in acht moeten worden genomen en wat het gevolg is van overtreding daarvan.

5.4.2.1 Voorschriften voor de aanzegging en mededeling aan belanghebbenden

De wijze van aanzegging van de executoriale verkoop aan de belanghebbenden is in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vrij nauwkeurig vastgelegd.⁶³⁴ In art. 544 Rv is de aanzegging van de executoriale verkoop aan de belanghebbenden (hypotheekgever, schuldenaar, beslagleggers, hypotheekhouders en beperkt gerechtigden met een niet-inroepbaar recht) uitgewerkt. In art. 549 Rv staat de wijze van aanzegging aan de huurder, voor het geval verlot tot het inroepen van het huurbeding bij woonruimte ex art. 3:264 lid 5 BW wordt gevraagd.⁶³⁵

Aanzegging van de executoriale verkoop aan de belanghebbenden geschiedt als eerste en inleidende handeling van de executoriale verkoopprocedure. Dit volgt ook uit art. 544 lid 1 Rv, waarin staat dat de hypotheekhouder verplicht is de

⁶³³ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

⁶³⁴ In dit onderdeel wordt, tenzij anders vermeld, uitgegaan van een executoriale verkoop die uitgaat van de hypotheekhouder en niet van overname van de executoriale verkoop ex art. 509 Rv (overname van beslaglegger) dan wel 544 lid 3 Rv (overname van lager gerangschikte hypotheekhouder).

⁶³⁵ Zie meer over het inroepen van het huurbeding bij woonruimte in onderdeel 6.6.2.2.

executie te doen *inleiden* door aanzegging aan de belanghebbenden. De strekking van art. 544 Rv zal gelegen zijn in de bescherming van de belanghebbenden.⁶³⁶ Door de aanzegging komen de belanghebbenden formeel op de hoogte van de voorgenomen verkoop, wat hun in staat stelt zich voor te bereiden op en maatregelen te treffen voor het verlies van hun rechten met betrekking tot het goed als gevolg van de verkoop.⁶³⁷ Er zal gebruik worden gemaakt van een exploot, nu hierdoor zo veel mogelijk vast staat dat de belanghebbenden van de voor hen belangrijke informatie op de hoogte komen. Daartoe bepaalt art. 544 lid 2 Rv wat het exploot van aanzegging inhoudt.

Het uitbrengen van het exploot aan de belanghebbenden (inclusief de hypotheekgever) is om een aantal redenen van belang. Ten eerste, door de inhoud komt de hypotheekgever op de hoogte van het bedrag waartegen hij (of een derde) kan lossen om de executoriale verkoop te voorkomen (art. 3:269 BW). Ten tweede biedt het de belanghebbenden inzicht in het bedrag waarvoor de hypotheekhouder wil meedelen bij de verdeling van de executieopbrengst, zodat zij een voorzichtige inschatting kunnen maken van hun positie. Een voorzichtige inschatting, omdat zij daarnaast uit de openbare registers zullen moeten opmaken voor welk bedrag andere belanghebbenden in beginsel meedelen bij de verdeling en wat hun rang is, waarbij opmerking verdient dat de vorderingen van de huurder (art. 3:264 lid 7 BW) en de beperkt gerechtigde (art. 3:282 BW) niet uit de openbare registers zullen blijken.

Deze inschatting van de positie bij de verdeling van de executieopbrengst biedt met name inzicht voor een hypotheekhouder met een anterieur recht. Hij kan de executoriale verkoop overnemen en zo de regie over de verkoop voeren (art. 544 lid 3 Rv), waardoor hij een bijzonder belang heeft bij de aanzegging, waarover hierna meer.

Ten derde worden de belanghebbenden door de aanzegging op de hoogte gesteld wie de notaris is die de verkoop regisseert en voor hen gedurende de executoriale verkoop de contactpersoon is. In het exploot zal ook woonplaats worden gekozen bij de notaris (art. 546 jo. 514 lid 3 Rv). Bovendien vormt de aanwijzing van de notaris het uitgangspunt voor de vaststelling van de datum voor de verkoop, zo blijkt uit art. 546 jo. 515 Rv. Ook lijkt de aanwijzing van de notaris van belang voor de bevoegdheid van de notaris ten overstaan van wie de executoriale verkoop plaatsvindt (art. 3:268 lid 1 BW jo. 544 Rv), zoals hierna nog wordt uitgewerkt.

⁶³⁶ Over de *strekking* van deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis niet met zoveel woorden gerept.

⁶³⁷ Zie onderdeel 4.3.1.1.

Ten slotte is de aanzegging van belang voor de bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding bij woonruimte; zowel voor het inroepen van het huurbeding in het algemeen (art. 3:264 lid 2 BW), als voor het inroepen van het huurbeding bij woonruimte. Op grond van art. 549 lid 1 Rv zal het exploit van art. 544 Rv moeten worden overbetekend aan de huurder, voordat verlot kan worden gevraagd voor het inroepen van het huurbeding.

Aan de hand van deze aspecten wordt hierna uitgewerkt wat de gevolgen zijn van niet-nakoming van het voorschrift van art. 544 Rv voor de executoriale verkoopprocedure en het inroepen van het huurbeding. Vervolgens wordt stilgestaan bij de sanctie indien de aanzegging wel heeft plaatsgevonden, maar de formaliteiten van art. 544 en 549 Rv niet zijn nageleefd.

1. Er vindt geen aanzegging plaats; gevolgen voor de executoriale verkoopprocedure

Stel dat de executoriale verkoop plaatsvindt zonder dat de aanzegging ex art. 544 Rv heeft plaatsgevonden, of dat de aanzegging pas later in de executoriale verkoopprocedure – en dus niet als inleiding ervan – plaatsvindt. Bij de analyse van de gevolgen daarvan is de memorie van toelichting bij art. 544 Rv van belang. Daaruit volgt dat het niet voldoen aan het voorschrift niet leidt tot ongeldigheid van de executoriale verkoop:

‘De aanzegging is voor de executie of de overneming geen geldigheidsvereiste. Het gaat hier slechts om een verplichting, waarvan de niet-nakoming tot aansprakelijkheid voor de eventueel daardoor ontstane schade leidt. [...] Het feit dat hier [vergeleken met de aanzegging voor executie door de pandhouder, IV] de zwaardere eis van een exploit wordt gesteld wordt gerechtvaardigd door het feit dat het hier om voor de geëxecuteerde belangrijke goederen gaat.’⁶³⁸

De executoriale verkoopprocedure kan, zo blijkt uit het bovenstaande, ondanks de niet-aanzegging ervan, in principe doorgang vinden. Wel komt de vraag op of de notaris of hypotheekhouder het gebrek zal moeten herstellen door alsnog aan te zeggen, al dan niet met gebruikmaking van art. 438 lid 2 Rv. Deze vraag speelt voornamelijk als het gebrek vóór de verkoop wordt ontdekt. Na de verkoop is duidelijk dat de executoriale verkoop niet met nietigheid wordt bedreigd en kan hooguit aanspraak worden gemaakt op schadevergoeding vanwege de niet-aanzegging, zoals ook uit de parlementaire geschiedenis volgt.

1A. Beroep op onrechtmatige daad door hypotheekhouder met anterior recht?

Het is de vraag wanneer een beroep op onrechtmatige daad gehonoreerd zal worden. Wellicht indien een hypotheekhouder met een anterior hypotheekrecht

⁶³⁸ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5 en 6), p. 250 (MvT).

zich daarop beroept. Op grond van art. 544 lid 3 Rv kan deze hypotheekhouder de executoriale verkoop overnemen van een lager gerangschikte hypotheekhouder. Hij zal binnen veertien dagen na de aanzegging moeten aanzeggen dat hij de executoriale verkoop overneemt.

Er zal de hypotheekhouder met een anterieur recht veelal veel aan gelegen zijn de verkoop over te nemen, zoals ook besproken in onderdeel 5.3.2.1. Zo kan hij het huurbeding inroepen, als de andere hypotheekhouder dit niet kan omdat zijn recht is ontstaan ná het huurrecht (vgl. art. 3:264 lid 6 BW), maar ook omdat hij als executant – samen met de notaris – de regie over de verkoop heeft én – indien hij de eerste hypotheekhouder is – op grond van art. 3:270 lid 3 BW versneld kan worden uitbetaald uit de executieopbrengst.⁶³⁹

De hypotheekhouder heeft derhalve een bijzonder belang bij de aanzegging en daarom is van belang te bezien of hij zich kan beroepen op schadevergoeding, indien hij vanwege de niet-aanzegging niet de mogelijkheid heeft gekregen de executoriale verkoopprocedure over te nemen. Het is de vraag welke schade de hypotheekhouder daadwerkelijk lijdt. De hypotheekhouder met een anterieur recht zal immers ook op de hoogte komen van de voorgenomen verkoop doordat aan hem de dag, het uur en de plaats van de verkoop wordt meegedeeld (art. 546 jo. 515 lid 2 Rv)⁶⁴⁰ en omdat hij de veilingvoorwaarden toegestuurd krijgt (art. 546 jo. 517 lid 1 Rv).

Vanwege de hiervoor vermelde belangen van de hypotheekhouder met een anterieur recht meen ik dat als de hypotheekhouder door toezending van ofwel het tijdstip van verkoop, ofwel de veilingvoorwaarden op de hoogte komt van de executoriale verkoop, het voor hem alsnog mogelijk moet zijn de executoriale verkoop over te nemen ex art. 544 lid 3 Rv. In dat geval zal hij, analoog aan art. 544 lid 3 Rv, binnen veertien dagen nadat hij op de hoogte komt van de voorgenomen executoriale verkoop, moeten overnemen. Als de hypotheekhouder van deze mogelijkheid geen gebruik maakt, zal een beroep op onrechtmatige daad in principe niet gehonoreerd hoeven te worden.

Hoe zit het met een beroep van de andere belanghebbenden op onrechtmatige daad? Voor hen geldt in de eerste plaats evenzeer dat zij ook op de hoogte

⁶³⁹ Zie ook de belangen die een eerste hypotheekhouder aanvoerde in een tuchtrechtelijke procedure, waarin hij stelde dat de notaris klachtwaardig handelde door medewerking te verlenen aan het passeren van een hypotheekakte ten aanzien van een tweede hypotheek, terwijl hij wist dat de eerste hypotheekhouder geen toestemming had gegeven voor de vestiging daarvan, hetgeen in de eerste hypotheekakte wel was bedongen: Hof Amsterdam (tuchtr.) 24 mei 2011, *JOR* 2012, 86 m.nt. N.W.A. Tollenaar. De eerste hypotheekhouder werd hier overigens door de hoogste tuchtrechter in het gelijk gesteld, hoewel geen maatregel aan de notaris werd opgelegd. Zie hierover ook onderdeel 5.2.1.2.

⁶⁴⁰ Zie onderdeel 5.4.2.2, onder 1.

komen van de voorgenomen executoriale verkoop als gevolg van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv en art. 546 jo. 517 lid 1 Rv.

Het exploit houdt ook de vordering van de hypotheekhouder in. Wellicht dat zij een beroep doen op het ontbreken van kennis omtrent het bedrag waarvoor de hypotheekhouder tot executoriale verkoop overging, waardoor zij eerst bij de verdeling van de opbrengst op de hoogte kwamen van dat bedrag. Het is de vraag of daardoor benadeling ontstaat. De wet bevat immers diverse waarborgen om onterechte uitkeringen uit de executieopbrengst te voorkomen. Bij versnelde uitkering uit de executieopbrengst aan de eerste hypotheekhouder ex art. 3:270 lid 3 BW controleert de voorzieningenrechter de vordering van de eerste hypotheekhouder én kan de notaris de uitkering op grond van art. 3:270 lid 4 BW opschorten indien hij 'ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de hem ingevolge de leden 2 of 3 verstrekte verklaring onjuist is'. In andere gevallen kunnen belanghebbenden een rangregeling openen ex art. 3:271 BW.

1B. Herstelmogelijkheden

Hoewel de niet-aanzegging geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de executoriale verkoop, zal de inhoud van het exploit wel van belang zijn voor de belanghebbenden. De notaris zal dit verzuim in mijn ogen op eenvoudige wijze kunnen herstellen door de belanghebbenden alsnog op de hoogte te stellen van hetgeen in het exploit wordt vermeld. Dat kan geschieden door formele aanzegging, maar mijns inziens ook door het versturen van een aangetekende brief met daarin de inhoud van het exploit. Het alsnog aanzeggen bij exploit verdient de voorkeur, omdat hierdoor zoveel mogelijk zekerheid wordt verkregen dat de belanghebbenden van de voor hen belangrijke informatie op de hoogte komen. Uit kosten oogpunt is echter het (aangetekend) toesturen van een aangetekende brief, eventueel in combinatie met de informatie die op grond van art. 515 lid 2 en 517 lid 1 Rv aan de belanghebbenden moet worden toegestuurd, ook te verdedigen.

1C. De bevoegdheid van de notaris

Is het voorschrift van art. 544 lid 2 onder b Rv tevens een noodzakelijke formaliteit voor de bevoegdheid van de notaris ten overstaan van wie de executoriale verkoop plaatsvindt (art. 3:268 lid 1 BW)? Uit de parlementaire geschiedenis bij de vergelijkbare bepaling voor de executoriale verkoop door een beslaglegger (art. 504 Rv) zou dit kunnen worden afgeleid. In de memorie van toelichting wordt namelijk opgemerkt:

'Het tweede lid maakt mogelijk om in het proces-verbaal van beslag reeds een notaris aan te wijzen ten overstaan van wie de executie zal plaatsvinden. Noodzakelijk is dit evenwel niet. Indien de executant meent dat het beslag onmiddellijk moet worden gelegd, kan hij met het aanwijzen van de notaris die wellicht niet terstond te bereiken is,

wachten en deze naderhand overeenkomstig artikel 514, tweede lid, bij een afzonderlijk exploit aanwijzen.⁶⁴¹

Het aanwijzen van de notaris bij exploit zal derhalve ofwel bij de inbeslagneming (art. 504 Rv) of bij afzonderlijk exploit (art. 514 lid 2 Rv) moeten gebeuren. Ook de eventuele vervanging van de notaris geschiedt bij exploit, zo volgt uit art. 514 lid 2, tweede zin Rv.

Toch zou ik hieruit niet de conclusie willen trekken dat het voor de bevoegdheid van de notaris *noodzakelijk* is dat hij bij exploit wordt aangewezen. Naar mijn mening komt uit de bepalingen wel naar voren dat de bevoegde notaris degene is die is aangewezen in het exploit, maar gaat het te ver ook het omgekeerde – namelijk dat de notaris niet bevoegd is als hij niet is aangewezen bij exploit – te stellen. De bevoegdheid van de notaris om de executoriale verkoop te organiseren is niet afhankelijk van de aanwijzing bij exploit, maar van de overeenkomst van opdracht die hij sluit met de hypotheekhouder (art. 7:400 BW, zie hierover onderdeel 5.2.4) en het voorschrift van art. 3:268 lid 1 BW. Voor zijn bevoegdheid zijn voorts de voorschriften in de Wet op het notarisambt van belang, zoals Gerver duidelijk maakt:

“Bevoegd” is een notarieel technische uitdrukking, die aangeeft of een notaris op een bepaald moment, op een bepaalde plaats en met inachtneming van allerlei door de wet gegeven regels en formaliteiten als zodanig kan functioneren. Alles als door de Notariswet [de Wna, IV] – en door deze alleen – bepaald.⁶⁴²

Omdat de niet-aanzegging geen gevolgen heeft voor de bevoegdheid van de notaris om de executoriale verkoop te organiseren en af te wikkelen, zal het vanuit dit oogpunt niet nodig zijn het gebrek te herstellen. Wel zal, zoals in onderdeel 1B is beschreven, de informatie over de notaris ten overstaan van wie de verkoop plaatsvindt, aan de belanghebbenden op andere wijze bekend gemaakt moeten worden.

2. Er vindt geen aanzegging plaats; gevolgen voor het inroepen van het huurbeding

De aanzegging van de executoriale verkoop is ook van belang bij het inroepen van het huurbeding. Ten eerste gaat de aanzegging ex art. 544 Rv op grond van

⁶⁴¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv (Inv. 3, 5 en 6), p. 227 (MvT).

⁶⁴² Gerver 1992-II, p. 852. Gerver schreef dit artikel als reactie op een artikel van Huijgen 1992-I, p. 633-634, die stelt dat het voorschrift ‘bevoegde notaris’ betrekking heeft op de bevoegdheid van de notaris binnen wiens arrondissement de onroerende zaak is gelegen (vgl. Huijgen 2007, p. 55-56: ‘De hierbedoelde bevoegde notaris (art. 3:268 lid 1) is in beginsel de notaris binnen wiens arrondissement de onroerende zaak is gelegen. [...] Er kan echter aan getwijfeld worden of de wetgever deze interpretatie aan ‘bevoegde notaris’ heeft willen meegeven.’). Zie hierover ook: Breedveld-de Voogd 1992, p. 85-851; Huijgen 1992-II, p. 853-854.

art. 3:264 lid 2 Rv vooraf aan het inroepen van het huurbeding in het algemeen en ten tweede is voor het inroepen van het huurbeding bij woonruimte aanzegging aan de huurder een handeling die vooraf gaat aan het indienen van het verzoek tot het inroepen van het huurbeding bij woonruimte (art. 549 lid 1 Rv). Bij de bespreking van de sanctie op overtreding hieronder wordt onderscheid gemaakt tussen de algemene aanzegging ex art. 544 Rv jo. 3:264 lid 2 BW en de aanzegging aan de huurder ex art. 549 Rv.

2A. Aanzegging ex art. 544 Rv; gevolgen voor het inroepen van het huurbeding

Uit de literatuur en parlementaire geschiedenis kan de strekking van de verwijzing naar art. 544 Rv in art. 3:264 lid 2 BW worden afgeleid.⁶⁴³ Zo vermeldt Van Velten dat uit de verwijzing naar het voorschrift van art. 544 Rv volgt dat ‘inroeping van de nietigheid van een huurovereenkomst *uitsluitend kan geschieden als inleiding voor de executie*’.⁶⁴⁴ Deze strekking lijkt ook uit de memorie van antwoord bij art. 3:264 BW te volgen.⁶⁴⁵ Ten tijde van het verschijnen van deze memorie van antwoord waren de huidige leden 4-6 nog niet ingevoegd, maar het tweede lid met de verwijzing naar het huidige art. 544 Rv al wel. De minister merkt hier op dat de huurder niet ieder verweermiddel mist:

‘Vooropgesteld moet worden dat tegen hem, evenals tegen de pachter, slechts beroep op het beding van dit artikel kan worden gedaan in geval van een reeds aangezegde executie.’

Het gaat er zo bezien om dat de executoriale verkoop in ieder geval moet zijn *opgestart* voordat het huurbeding wordt ingeroepen. Derhalve is niet de formaliteit van art. 544 Rv van belang, maar *het gevolg* van de aanzegging ex art. 544 Rv: de start van de executoriale verkoopprocedure. Deze strekking is van belang voor het beschouwen van de gevolgen van niet-aanzegging bij het inroepen van het huurbeding. Strikte lezing van art. 3:264 lid 2 BW leidt ertoe dat het huurbeding niet kan worden ingeroepen, indien geen aanzegging ex art. 544 Rv heeft plaatsgevonden (‘[d]e inroeping kan niet geschieden, voordat het in artikel 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde exploit van aanzegging of overneming is uitgebracht’). Dat zou betekenen dat de hypotheekhouder de huurder niet kan dwingen tot ontruiming, met als uiterste gevolg dat een verhuurd pand wordt verkocht – met alle gevolgen van de opbrengst van dien.

⁶⁴³ Zie hierover ook onderdeel 6.6.1.

⁶⁴⁴ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 364. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

⁶⁴⁵ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1361 (MvA).

Deze strikte lezing ligt echter, gezien de strekking van de bepaling, niet voor de hand. Naar mijn mening is, als de executoriale verkoopprocedure reeds is opgestart en de huurder op de hoogte is gebracht van zowel de executoriale verkoop als het invoeren van het huurbeding jegens hem, er geen reden deze vergaande gevolgen te verbinden aan het niet-aanzeggen ex art. 544 Rv. De verwijzing naar art. 544 Rv ziet er op dat de huurder niet onnodig, dat wil zeggen voordat er een belang is aan de zijde van de hypotheekhouder bij het invoeren van beding, tot ontruiming wordt gedwongen. Daarom kan geconcludeerd worden dat de niet-aanzegging ex art. 544 Rv in principe geen gevolgen heeft voor de bevoegdheid tot het invoeren van het huurbeding. Deze uitleg ligt temeer voor de hand nu de aanzegging van art. 544 Rv ook niet ziet op de aanzegging van de executoriale verkoop aan de *huurder*, maar op de aanzegging aan de *belanghebbenden*.

2B. Betekening ex art. 549 Rv; gevolgen voor het invoeren van het huurbeding bij woonruimte

Art. 549 Rv schrijft voor dat bij het invoeren van het huurbeding in geval van woonruimte de executoriale verkoop ook moet worden aangezegd aan de huurder. Anders dan voor de huurder van niet-woonruimte, wordt hier een specifieke aanzegging gedaan aan de huurder, door middel van een exploit waarin wordt aangezegd dat het huurbeding jegens de huurder wordt ingeroepen. Door deze voor de huurder belangrijke informatie bij exploit mee te delen, wordt zoveel mogelijk zekerheid verkregen dat de huurder van woonruimte op de hoogte komt van het invoeren van het huurbeding jegens hem – en derhalve van de op handen zijnde vernietiging van de huurovereenkomst en gedwongen ontruiming.

Stel dat het exploit van art. 549 Rv niet aan de huurder is uitgebracht. Voor het invoeren van het huurbeding bij woonruimte lijkt het uitbrengen van een exploit een noodzakelijke voorwaarde ([b]ij het verzoekschrift wordt overlegd een niet lang dan één maand tevoren aan de huurder [...] uitgebracht exploit'). Zo bezien zou de voorzieningenrechter een verzoek tot verlof voor het invoeren van het huurbeding niet-ontvankelijk moeten verklaren indien geen aanzegging ex art. 549 Rv heeft plaatsgevonden. Dit heeft tot gevolg dat het huurbeding niet kan worden ingeroepen, omdat de hypotheekhouder geen verlof heeft gekregen van de voorzieningenrechter. Het gevolg is dat, zolang de huurder niet vrijwillig vertrekt, een verhuurde woning wordt verkocht bij de executoriale verkoop; met alle negatieve gevolgen voor de opbrengst van dien.

Echter, gezien de strekking van de bepaling is het de vraag of deze formalistische aanpak steeds gerechtvaardigd is. Het doel van deze bepaling is dat de huurder van voor hem belangrijke informatie tijdig – vóór de behandeling

van het verzoekschrift van art. 3:264 lid 5 BW – op de hoogte komt. Als vaststaat dat de huurder voor de behandeling van het verzoekschrift door de notaris op de hoogte is gebracht van de voorgenomen executoriale verkoop en het intrekken van het huurbeding, dan is de huurder voldoende op de hoogte gebracht van de informatie die hem bij exploit zou moeten worden meegedeeld. Indien wordt aangetoond dat de huurder de informatie daadwerkelijk (en tijdig) heeft ontvangen, zal niet-ontvankelijkheid een te zware sanctie zijn.

Als toch tot niet-ontvankelijkheid wordt geconcludeerd dan zijn er herstel mogelijkheden. Vanwege de hiervoor geschetste gevolgen zal de hypotheekhouder in dit geval de mogelijkheid moeten krijgen tot herstel door het exploit alsnog uit te brengen, dan wel – afhankelijk van het moment waarop het verzuim ontdekt wordt – doordat de zitting wordt uitgesteld of aangehouden.

Ter illustratie wordt hier gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 1995.⁶⁴⁶ Bij een procedure over het intrekken van het huurbeding bij woonruimte, stelden de huurders dat de hypotheekhouder niet-ontvankelijk moest worden verklaard. In het exploit van aanzegging was namelijk geen opgave gedaan van de hoogte van de hypotheecaire schuld. Het belang van kennis daarvan is gelegen in art. 3:264 lid 6 BW, waarin is opgenomen dat het huurbeding niet kan worden ingetrokken indien de executieopbrengst met instandhouding van de huur naar verwachting voldoende is om de hypotheekhouders met een intrekbaar huurbeding te voldoen.

De president besloot daarop de behandeling van het verzoekschrift aan te houden, zodat de hypotheekhouder de huurders alsnog inzicht kon geven in de hoogte van de hypotheecaire schuld.

3. Onjuiste of onvolledige inhoud exploit

Voor de gevolgen van een onjuiste of onvolledig inhoud van de exploit van art. 544 en 549 Rv, is het bepaalde in art. 65 en 66 Rv van belang. In onderdeel 5.4.1.1 is reeds besproken dat deze bepalingen de sanctie nietigheid sterk terugdringen. Art. 65 Rv beperkt de gronden voor nietigheid tot een tweetal: de sanctie is uitdrukkelijk in de bepaling opgenomen of de nietigheid vloeit voort uit de aard van het gebrek.⁶⁴⁷ Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling blijkt echter dat de woorden ‘nietig’ of ‘nietigheid’ niet *als zodanig* in de wet hoeven te zijn opgenomen:

⁶⁴⁶ Pres. Rb. Amsterdam 20 oktober 1995, *WR* 1996, 25.

⁶⁴⁷ Ten aanzien de tweede, in art. 65 Rv vermelde grond (de nietigheid vloeit voort ‘uit de aard van het gebrek’) stelt Van Mierlo dat deze grond in de praktijk niet vaak zal voorkomen: ‘Voor de hand ligt aan te nemen dat de aard van het gebrek in de rechtspraak slechts ten tonele kan worden gevoerd als algemeen aanvaarde beginselen van het procesrecht zijn geschonden zonder dat daarop uitdrukkelijk de sanctie van nietigheid is gesteld.’ (Van Mierlo, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 65 Rv, aant. 2c.)

‘Voorbeeld van de eerste nietigheidsgrond: in een beslagexploot ontbreekt de datum van de betekening. Art. 1.6.1.9 [art. 65 Rv] zegt nu dat men eerst in de wet moet kijken of dit verzuim überhaupt met nietigheid wordt bedreigd. Dat blijkt het geval te zijn: men zie art. 1.6.1, tweede lid onder a [art. 45 lid 3 onder a Rv].’⁶⁴⁸

In art. 45 lid 3 Rv, waar in de passage hierboven op wordt gewezen, is de sanctie nietigheid niet met zoveel woorden opgenomen. In de aanhef in art. 45 lid 3 Rv staat slechts ‘[h]et exploot vermeldt ten minste’. Dit is een belangrijke constatering in verband met art. 544 lid 2 Rv, dat de inhoud van het exploot van aanzegging/overneming van de executie bepaalt. Komen de woorden ‘[d]e aanzegging van de executie [...] houdt in’ van art. 544 lid 2 Rv overeen met de bewoordingen in de aanhef van art. 45 lid 3 Rv, zodat ook het ontbreken van een van de in deze bepaling opgenomen aspecten leidt tot nietigheid?

Met deze conclusie moet de nodige voorzichtigheid worden betracht, in verband met art. 66 lid 1 Rv. Dat voorschrift beperkt de sanctie nietigheid tot die gevallen waarin onredelijke benadeling plaatsvindt van degenen voor wie het exploot is bestemd. Dit wordt ook duidelijk uit de memorie van toelichting:

‘Voor de vraag of het gebrek daadwerkelijk tot nietigverklaring door de rechter moet leiden, is vervolgens de vraag van art. 1.6.20 [art. 66 Rv, IV] van belang: was het in de concrete situatie aannemelijk dat degene voor wie het exploot bestemd is, door het gebrek onredelijk is benadeeld? Het kan bijvoorbeeld zijn dat hij door het ontbreken van de datum absoluut niet in staat was te begrijpen om welk beslag het ging. In dat geval moet de rechter het beslagexploot nietig verklaren. Maar hij kan tevens herstel bevelen; zie voor dit geval art. 438, tweede lid, 2. Wordt een dergelijk bevel opgevolgd, dan zal het gevolg zijn dat het beslag achteraf bezien niet nietig was.’⁶⁴⁹

Uit deze passage en de onder 5.4.1.1 weergegeven parlementaire geschiedenis bij art. 66 Rv kan worden afgeleid dat alleen dan tot nietigheid van het exploot mag worden geconcludeerd indien de betrokkene als gevolg van het gebrek benadeeld is. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit voorschrift ook buiten afdeling 1.1.6 Rv kan worden toegepast, waarbij echter wel wordt opgemerkt:

‘Wel bedenke men dat hiernaast voor bijzondere gebieden aparte, meer gedetailleerde regelingen golden en moeten blijven gelden. Zo vereist het instituut van het herstelexploot ook onder de nieuwe regeling een aparte voorziening voor dagvaardingen [...] en blijven voor beslagexplooten de ook in dit opzicht relevante artikelen 438 en 705 Rv gehandhaafd. Deze aparte regelingen hebben als *lex specialis* uiteraard voorrang boven het onderhavige algemene voorschrift.’⁶⁵⁰

Hieruit leid ik het volgende af. Aan de hand van art. 66 lid 1 Rv kan worden bezien of niet-naleving van art. 544 Rv leidt tot nietigheid van het exploot en

⁶⁴⁸ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 75 (MvT).

⁶⁴⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 75-76 (MvT).

⁶⁵⁰ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 75 (MvT).

daarmee tot gevolgen voor de executoriale verkoop(procedure). Dat is slechts het geval voor zover aannemelijk is dat degene voor wie het exploot is bestemd, door het gebrek onredelijk is benadeeld. Uit het besprokene in onderdeel 1A kan worden afgeleid dat hiervan niet snel sprake zal zijn. Zelfs de hypotheekhouder met een anterieur recht – die vanwege zijn overnemingsrecht een bijzonder belang heeft bij de aanzegging – zal, zoals daar besproken, niet snel een beroep op benadeling toekomen.

In uiterste gevallen kan tot nietigheid van het exploot worden geconcludeerd. Mocht daarvan sprake zijn van onredelijke benadeling, dan zal in eerste instantie art. 438 lid 2, vierde zin Rv de herstel mogelijkheden bepalen. Een van die mogelijkheden is het uitbrengen van een herstelexploot in de zin van art. 66 lid 2 Rv.

5.4.2.2 Voorschriften voor de oproeping van het publiek en de informatievoorziening aan de belanghebbenden en het publiek

Na de aanzegging zullen de potentiële bidders moeten worden opgeroepen en zal de door de notaris verzamelde informatie aan de belanghebbenden en de potentiële bidders worden verstrekt. Hieronder wordt ingegaan op de strekking van de diverse voorschriften in verband hiermee, alsmede op sanctie in geval van overtreding van deze voorschriften.

1. Mededeling dag, uur en plaats van verkoop (art. 546 jo. 515 lid 2 Rv)

Art. 515 lid 2 Rv, dat op grond van art. 546 Rv ook geldt bij de executoriale verkoopprocedure door de hypotheekhouder, schrijft nauwkeurig voor hoe de belanghebbenden op de hoogte komen van het moment waarop de executoriale verkoop plaatsvindt. Voor de niet in die bepaling genoemde betrokkenen geldt dat zij in beginsel op de hoogte komen van de executoriale verkoop via aanplakking en aankondiging ex art. 516 Rv. De wetgever acht het echter nodig de geëxecuteerde, ingeschreven beperkt gerechtigden en de beslaglegger afzonderlijk te informeren, zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 515 lid 2 Rv:

‘Deze belanghebbenden behoren niet afhankelijk te zijn van de in het volgende artikel bedoelde publikatie’.⁶⁵¹

Jongbloed merkt op dat veelal de voorkeur zal worden gegeven aan een aangetekend schrijven,⁶⁵² noodzakelijk is dat echter niet. Voor het *bewijs* dat de

⁶⁵¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5 en 6), p. 239 (MvT).

⁶⁵² Jongbloed & Van den Heuvel, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2012, art. 515 Rv, aant. 3c.

dag, het uur en de plaats zijn meegedeeld aan de belanghebbenden, verdient het echter wel aanbeveling de mededeling aangetekend te versturen.

1A. De strekking van art. 515 Rv

De strekking van art. 515 Rv is mijns inziens gelegen in de bescherming van deze belanghebbenden vanwege hun bijzondere positie bij de executoriale verkoop. Doordat zij persoonlijk op de hoogte worden gebracht van het tijdstip van de verkoop, komen zij met hoge mate van zekerheid op de hoogte van dit tijdstip en derhalve van het tijdstip waarop zij rekening moeten houden met het verlies van deze rechten.⁶⁵³ Afhankelijk van het in de veilingvoorwaarden opgenomen moment van de betaling van de koopsom en de daadwerkelijke betaling door de koper vindt vervolgens de levering plaats, waarna op grond van art. 3:273 BW alle op het goed rustende hypotheeken teniet gaan en de ingeschreven beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten vervallen. Hun belang bij kennis over het tijdstip van de verkoop is dan ook groot.

Voor de geëxecuteerde geldt nog dat hiermee formeel bekend wordt gemaakt op welk moment hij de door hem bewoonde woning zal moeten verlaten. Bovendien is voor hem een bijzonder belang gelegen in de mogelijkheid tot lossing van art. 3:269 BW, waarmee de executoriale verkoop wordt voorkomen. Die mogelijkheid heeft de geëxecuteerde (of een derde) *tot* de verkoop (bij onderhandse verkoop de toewijzing door de voorzieningenrechter en bij openbare verkoop de gunning door de hypotheekhouder).⁶⁵⁴

In art. 515 lid 2 Rv wordt overigens, anders dan in art. 544 lid 1 Rv, niet gesproken over de schuldenaar.⁶⁵⁵ In geval van derdenhypotheek, waarbij de schuldenaar en hypotheekgever niet dezelfde persoon zijn, zou dan ook alleen de geëxecuteerde op de hoogte komen van het tijdstip van verkoop. Hoewel het de geëxecuteerde, en niet de schuldenaar, is die rechten verliest met betrekking tot het goed, is het opmerkelijk dat de schuldenaar niet ook op de hoogte wordt gesteld. Voor hem zal het immers wel van belang zijn op de hoogte te komen van het tijdstip waarop hij uiterlijk kan lossen in de zin van art. 3:269 BW. Het is dan ook wenselijk ook de schuldenaar op de wijze van art. 515 lid 2 Rv op de hoogte te stellen.⁶⁵⁶

⁶⁵³ Dit voorschrift ziet overigens *niet* op de mogelijkheden voor deze belanghebbenden om tegen de verkoop op te komen, daarvoor zijn art. 517 lid 2 en 518 Rv voorschreven.

⁶⁵⁴ Zie hierover nader onderdeel 6.2.4.3.

⁶⁵⁵ Zie hierover ook Gräler 1996. Vgl. Kuhlmann 1991.

⁶⁵⁶ Evenzo Gräler 1996. Gräler is van mening dat de bepalingen waarin alleen gesproken wordt over 'geëxecuteerde' (tot aan de op dit punt wenselijke wetswijziging) ruim geïnterpreteerd moeten worden, zodat daaronder ook 'schuldenaar' wordt verstaan.

1B. Het gevolg van overtreding van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv

Het directe gevolg van het niet in acht nemen van het voorschrift van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv is dat de belanghebbenden naar verwachting eerst op een later tijdstip geïnformeerd worden over de datum, het uur en de plaats van de verkoop. Bij de beantwoording van de vraag of het vergaande gevolg van nietigheid van de executoriale verkoop moet worden verbonden aan niet-naleving van deze bepaling is van belang dat de belanghebbenden ook op andere wijzen, maar op een *later moment* in de executoriale verkoopprocedure op de hoogte worden gesteld van de voor hen relevante gegevens.

De veilingvoorwaarden worden immers op grond van art. 546 jo. 517 lid 1 Rv ook aan hen toegezonden. Daarin zullen de dag, het tijdstip en de plaats van executoriale verkoop vermeld staan. De notaris die er tijdig achter komt dat de belanghebbenden nog niet geïnformeerd zijn over de datum, het uur en de plaats van de verkoop kan ook in de brief die bij het toesturen van de veilingvoorwaarden wordt meegestuurd, alsnog deze informatie toevoegen.

Bovendien komen zij *indirect* (niet persoonlijk) op de hoogte van het tijdstip van de voorgenomen verkoop, vanwege de aankondiging ex art. 546 jo. 516 lid 1 Rv. *Dat* de executoriale verkoop plaats zal vinden, weten zij al doordat de veiling aan hen wordt aangezegd (art. 544 Rv, zie onder 5.4.2.1). Om deze reden ligt het niet voor de hand dat als gevolg van de overtreding van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv de executoriale verkoop nietig is.

Aan de belanghebbende die zich beroept op niet-nakoming van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv, waardoor hij onvoldoende mogelijkheid heeft gehad voor zijn belang op te komen, zal vrijwel steeds kunnen worden tegengeworpen dat hij ook op andere wijze op de hoogte had kunnen komen van de voor hem relevante informatie. Dit geldt met name indien deze informatie op eenvoudige wijze voor hem kenbaar kon zijn. Stel echter dat de veilingvoorwaarden pas op een laat tijdstip worden toegezonden (bijvoorbeeld: pas acht dagen vóór de verkoop) en de executoriale verkoop slechts is aangekondigd in een dagblad dat wordt verspreid in een plaats waar de belanghebbende niet woonachtig is. In dat geval zou de belanghebbende, vanwege de niet-naleving van art. 546 jo. 515 lid 2 Rv onvoldoende mogelijkheid gehad kunnen hebben om maatregelen te treffen om voor zijn belang op te komen. Ik meen dat in dergelijke gevallen een beroep op schadevergoeding meer voor de hand ligt. In die gevallen zal ook moeten worden bezien of de belanghebbende door toezending van de veilingvoorwaarden reeds voldoende is geïnformeerd en ex art. 546 jo. 518 Rv voor zijn belang had kunnen opkomen. Dan ligt het niet voor de hand een schadevergoeding toe te kennen.

2. Aankondiging en aanplakking (art. 546 jo. 516 Rv)

Art. 546 jo. 516 lid 1 Rv bepaalt dat de verkoop moet worden aangeplakt volgens plaatselijk gebruik en aangekondigd in een plaatselijk verspreid dagblad. Uit de parlementaire geschiedenis komt de strekking van deze bepaling niet met zoveel woorden naar voren.⁶⁵⁷ In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 20 februari 2012 wordt *wel* ingegaan op de strekking:

‘De bepaling beoogt zeker te stellen dat een zo groot mogelijke bekendheid aan de voorgenomen verkoop wordt gegeven, opdat zo veel mogelijke geïnteresseerden daarvan op de hoogte geraken en een zo hoog mogelijke opbrengst wordt verkregen.’⁶⁵⁸

Het gaat er, met andere woorden, om door middel van de aankondiging de voor het object meestbiedende gegadigde te vinden.⁶⁵⁹ Aan de hand van deze strekking wordt hierna eerst geanalyseerd wat het gevolg is van niet-aanplakking en vervolgens het gevolg van niet adverteren.

2A. Het voorschrift van aanplakking volgens plaatselijk gebruik

Het is geenszins ondenkbaar dat bij de executoriale verkoopprocedure het voorschrift van aanplakking niet wordt nageleefd. Sterker nog, dat is in de meeste plaatsen in Nederland eerder regel dan uitzondering. Wat is het gevolg van niet-aanplakking? In een aantal recente uitspraken wordt geoordeeld dat, hoewel geen aanplakking heeft plaatsgevonden, *toch* wordt voldaan aan het voorschrift van aanplakking. In deze zin oordeelt bijvoorbeeld de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht, voortbouwend op de hierboven weergegeven overweging over de strekking van het voorschrift van art. 516 Rv:

‘Vast staat dat de executienotararis in navolging van de beschikking van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 16 januari 2012 (bekend onder nummer 318324 / HA RK 12-27) het plaatselijk gebruik omtrent aanplakken in [plaats] heeft onderzocht en vastgesteld heeft dat dit niet gebruikelijk is in deze regio. Verder heeft de executienotararis in navolging van voornoemde beschikking naast een advertentie in het dagblad “De Gelderlander” van 20 januari 2012, een advertentie in het (gratis verspreide) huis-aan-huis blad “De Rijnpost” van 20 januari 2012 geplaatst. In aanvulling daarop heeft de executienotararis de executoriale verkoop op de internetsite www.veilingbiljet.nl kenbaar gemaakt aan het kopende publiek. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de executienotararis op voldoende wijze de veiling bekendgemaakt bij een zo groot mogelijk (plaatselijk) publiek (in en buiten de regio), zodat dit in overeenstemming met het doel en de strekking van artikel 516 Rv moet worden geacht en niet geconcludeerd kan worden dat een zo hoog mogelijke veilingopbrengst niet gegarandeerd is.’⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Zie over de parlementaire geschiedenis bij art. 516 Rv onderdeel 4.3.3.3.

⁶⁵⁸ V.zr. Rb. Utrecht 20 februari 2012, *JOR* 2012, 134 m.nt. B.A. Schuijling.

⁶⁵⁹ Zie ook onderdeel 4.4.3.

⁶⁶⁰ V.zr. Rb. Utrecht 20 februari 2012, *JOR* 2012, 134 m.nt. B.A. Schuijling.

Tot de vaststelling dat het plaatselijk gebruik ook kan inhouden dat *niet* wordt aangeplakt en dat derhalve ondanks de niet-aanplakking toch sprake is van naleving van art. 546 jo. 516 Rv, komt ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.⁶⁶¹

Gezien de huidige praktijk is het oordeel van deze rechters alleszins begrijpelijk. Het is echter de vraag of dit oordeel in lijn is met de bedoeling van de wetgever met het voorschrift van art. 516 Rv. Uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de wetgever wel degelijke aanplakking door middel van aanplakbiljetten op het oog heeft en dat het plaatselijk gebruik derhalve ziet op de *wijze* van aanplakking, niet op de aanplakking zelf. In de memorie van toelichting staat:

‘Welke inhoud de aanplakbiljetten en advertenties zullen hebben, kan aan de notaris worden overgelaten.’⁶⁶²

Daarnaast lijkt de wet weinig ruimte te bieden voor een andere conclusie dan die dat aanplakking noodzakelijkerwijs aan de executoriale verkoop vooraf gaat. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 BW) heeft de wetgever dit ook nadrukkelijk gesteld:

‘Tot en met het adverteren zal echter de procedure gevolgd moeten worden zoals in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering [*sic*] is omschreven.’⁶⁶³

Het is dan ook de vraag of een zodanig ruime uitleg aan art. 516 lid 1 Rv zou mogen worden gegeven als in de rechtspraak gebeurt.

Gezien de in de inleiding van dit onderdeel vermelde strekking van de bepaling *en* nu de aankondiging heden ten dage beter op andere wijze plaatsvinden dan door aanplakking door middel van aanplakbiljetten, is het bestraffen van niet-aanplakking niet aangewezen. Door aankondiging via internet kan op een goedkopere en effectievere wijze worden voldaan aan het bekendmaken van de executoriale verkoop, om daarmee de meestbiedende gegadigde voor dit object te bereiken. In deze zin betoogt ook Huijgen:

‘De aanplakking begint in sommige plaatsen in onbruik te geraken, omdat de aanplakbiljetten in korte tijd plegen te worden weggehaald. Bewoners van de betrokken panden

⁶⁶¹ Vزر. Rb. Arnhem 21 juni 2011, *JOR* 2012, 133. In gelijke zin: Vزر. Rb. Utrecht 12 april 2012, zaaknr. 322336 (niet gepubl.), *Notamail* 2012/88. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam oordeelt in maart 2011 dat het plaatselijk gebruik aanplakking aan het veilinghuis (Vendu Notarishuis) inhoudt en dat aanplakking aan de woning niet nodig was: Vزر. Rb. Rotterdam 9 maart 2011, *LJN* BP7084.

⁶⁶² Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 239 (MvT).

⁶⁶³ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1377 (VC).

blijken daar niet erg op gesteld te zijn. Bovendien worden de voorwaarden waaronder executieveilingen plaatsvinden en de concrete gegevens ten aanzien van het te veilen object tegenwoordig veelal uitvoerig bekend gemaakt op internet, zoals onder www.veilingnotaris.nl.⁶⁶⁴

Het strikt nakomen van het voorschrift van art. 516 lid 1 Rv door aanplakbiljetten heeft derhalve op sommige plaatsen juist een *averechts* effect, nu nodeloos kosten kunnen worden gemaakt, terwijl de meestbiedende gegadigde beter op andere wijze kan worden bereikt. Dit speelt mijns inziens een rol bij het beoordelen van de sanctie op niet-naleving. Het gaat er dan om in hoeverre in de betreffende plaats beter op andere wijze kan worden voldaan aan de strekking van het voorschrift. Heeft de notaris ervoor gekozen de aanplakking om die reden achterwege te laten, dan zullen geen gevolgen worden verbonden aan de niet-nakoming.

Deze conclusie legt een ander accent dan in de hierboven vermelde uitspraken gebeurt, omdat hiermee geenszins is uitgesloten dat op plaatsen waar aanplakking *wel* gebruikelijk is, zoals in Amsterdam, aanplakking daadwerkelijk moet plaatsvinden. In die gevallen waarin aanplakking door middel van aanplakbiljetten in de rede ligt, zal de sanctie op niet-aanplakking liggen in een schadevergoedingsvordering, mits een belanghebbende die zich hierop beroept bewijst dat hij hierdoor schade heeft geleden.⁶⁶⁵ Nietigheid van de executoriale verkoop ligt, nu de verkoop op grond van art. 516 lid 1 Rv ook nog op andere wijze wordt aangekondigd, niet voor de hand. Omdat de verkoop ook op andere wijze wordt aangekondigd, zal bovendien een vordering uit schadevergoeding niet snel mogen worden toegewezen. Deze andere wijze van aankondiging wordt hieronder besproken.

2B. Aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad

Bij de bespreking van het belang van een flexibele regeling ten behoeve van de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure, kwam reeds naar voren dat de het voorschrift van aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad te gedetailleerd is en om deze reden een belemmering vormt in het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bij de verschillende objecten die bij executoriale verkoop worden aangeboden. In de literatuur en jurisprudentie wordt ook wisselend geoordeeld over de noodzaak van het strikt naleven van het voorschrift.

Gezien de tekst van art. 516 lid 1 Rv, waarin de wijze van aankondiging nauwkeurig is vastgelegd, zal steeds wanneer geen advertentie is geplaatst in een

⁶⁶⁴ Huijgen 2007, p. 56-57. Zie ook: Van der Waaij 2006; Gräler 2004 (aldaar voetnoot 10).

⁶⁶⁵ Enzo Gräler 2004.

plaatselijk verspreid dagblad sprake zijn van een overtreding van het voorschrift. Voor de aanplakking laat de wetgever nog enige ruimte door voor te schrijven dat deze volgens plaatselijk gebruik moet plaatsvinden, maar voor de aankondiging is zonder veel ruimte voor interpretatie voorgeschreven dat deze geschiedt door plaatsing van een advertentie in een plaatselijk verspreid dagblad.

Om deze reden zal indien niet is voldaan aan de aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad in principe sprake zijn van een overtreding van het voorschrift. Dit betekent dan ook dat bij de executoriale verkoopprocedure de aankondiging moet geschieden in een plaatselijk verspreid dagblad. Over de vraag wat onder 'plaatselijk verspreid dagblad' moet worden verstaan heeft de Rechtbank Utrecht overigens een opvallende uitspraak gedaan:

'Mr. [notaris] heeft ter zitting aangegeven dat niet zij als executienotararis maar het veilinghuis de veilingadvertentie heeft geplaatst op 16 december 2011 in het regionale dagblad. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan in het midden blijven of De Gelderlander kan worden aangemerkt als een plaatselijk verspreid dagblad als bedoeld in artikel 516 lid 1 Rv. Men dient geabonneerd te zijn op De Gelderlander om daar een exemplaar van te kunnen ontvangen en wordt in elk geval niet gratis huis-aan-huis bezorgd in Veenendaal. Het verdient aanbeveling om in een huis-aan-huis blad te publiceren.'⁶⁶⁶

Dit lijkt een vreemde interpretatie van het voorschrift in art. 516 lid 1 Rv. Hierin wordt immers een plaatselijk verspreid dagblad vereist, terwijl in veel plaatsen geen huis-aan-huis verspreid *dagblad* voorhanden is. Vandaar dat de advertentie veelal in een wel plaatselijk verspreid, maar niet gratis dagblad wordt geplaatst. Daarmee wordt derhalve *wel* voldaan aan het voorschrift van art. 546 jo. 516 lid 1 Rv.⁶⁶⁷

Met de constatering dat moet worden aangekondigd in een plaatselijk verspreid dagblad, is nog niet gezegd wat de gevolgen zijn van een overtreding van het voorschrift van art. 546 jo. 516 lid 1 Rv. Stel dat wordt vastgesteld dat de notaris de executoriale verkoop niet in een plaatselijk verspreid dagblad heeft aangekondigd. Van Ingen & Jongbloed zijn van mening dat niet-nakoming van art. 546 jo. 516 Rv civiel- en tuchtrechtelijke gevolgen mee kan brengen:

'Uit het voorgaande kan afgeleid worden dat de aanplakking en advertentie als zijnde een minimumvoorschrift noodzakelijk zijn. [...] Niet naleving van deze voorschriften brengt

⁶⁶⁶ V.zr. Rb. Utrecht 16 januari 2012, *LJN* BV3852.

⁶⁶⁷ Vgl. V.zr. Rb. Utrecht 12 april 2012, zaaknr. 322336 (niet gepubl.), *Notamail* 2012/88: 'Hoewel het aanbeveling verdient om in een huis-aan-huis blad te adverteren, is de voorzieningenrechter in het onderhavige geval van oordeel dat de Volkskrant een voldoende bereik heeft. Deze krant is immers naast het lidmaatschap ook door losse verkoop in heel Nederland verkrijgbaar.'

o.i. evenwel geen nietigheid van de executie met zich. Wij menen dat de executant die deze voorschriften niet in acht neemt onrechtmatig handelt jegens de geëxecuteerde. De executant zal zich hier ook terdege van bewust zijn. De notaris ziet immers toe op naleving van de voorschriften en zal in de regel voor een en ander zorg dragen. Wordt het aan de notaris overgelaten om zorg te dragen voor aanplakking en advertentie en verzuimt deze dit, dan zal hij evenzo aansprakelijk zijn en ook een tuchtrechtelijke maatregel kunnen riskeren.⁶⁶⁸

Gezien de hierboven besproken strekking van art. 516 lid 1 Rv pleit ik voor een meer casusafhankelijke benadering. Per geval moet worden gezien op welke wijze de potentiële gegadigden *wel* op de hoogte zijn gekomen van de voorgenomen verkoop. Als kan worden geconcludeerd dat met die wijze van aankondiging is voldaan aan de strekking van de bepaling (het bereiken van de meestbiedende gegadigde) ligt het niet voor de hand de overtreding van art. 546 jo. 516 lid 1 Rv te bestraffen.

Enkele voorbeelden om het bovenstaande te illustreren. Een woning die geschikt is voor directe bewoning door particulieren vraagt om een andere wijze van aankondiging dan een woning die eerst grondig moet worden opgeknapt, of een woning die niet vrij van huur wordt verkocht. Ook een bedrijfspand vraagt om een eigen wijze van aankondiging, gericht op de potentiële geïnteresseerden. De wijze van aankondiging is dan ook afhankelijk van het object dat wordt verkocht en de te verwachten bidders. Indien in een concreet geval niet is aangekondigd in een plaatselijk verspreid dagblad, moet worden gezien of de wijze waarop de aankondiging *wel* heeft plaatsgevonden zodanig is dat de potentiële geïnteresseerde voor het object daarvan redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen.

Hieruit volgt dat de verregaande gevolgen die verbonden zijn aan het stellen van sancties op overtreding van art. 546 jo. 516 Rv, alleen dan gerechtvaardigd zijn indien kan worden vastgesteld dat met de wijze van aankondiging die wel heeft plaatsgevonden niet de meestbiedende gegadigde is bereikt en dat, als gevolg daarvan, niet een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald. Wat betreft de sanctie, ben ik het in zoverre met Van Ingen & Jongbloed eens dat, vanwege de strekking van de bepaling, een vordering op grond van onrechtmatige daad of een tuchtrechtelijke maatregel is aangewezen. De overtreding heeft derhalve geen gevolgen voor de geldigheid van de executoriale verkoop.

Er zijn echter herstelmogelijkheden, indien het gebrek tijdig vóór de executoriale verkoop wordt ontdekt en gevolgen moeten worden verbonden aan de niet-nakoming van art. 516 lid 1 Rv. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee momenten waarop het gebrek ontdekt kan worden. Als het gebrek wordt ontdekt *voor* afloop van de in art. 516 lid 1 Rv opgenomen dertigdagentermijn kan mijns inziens zonder meer hersteld worden, als herstel in

⁶⁶⁸ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 37.

de gegeven omstandigheden is aangewezen. Daarvoor zal moeten worden gekeken in hoeverre het plaatsen van de advertentie – ook gezien de kosten die dit meebrengt – toegevoegde waarde heeft in het bereiken van de meestbiedende gegadigde. Het gebrek kan ook pas ontdekt worden *na* het verstrijken van de dertigdagentermijn. De herstelmogelijkheden die dan zijn aangewezen worden in onderdeel 5.4.2.3, onder 1 besproken.

2C. Ontbreken vermelding art. 546 jo. 516 lid 2 Rv

De *inhoud* van het aanplakbiljet en de advertentie wordt, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij art. 516 lid 1 Rv, grotendeels overgelaten aan de notaris.⁶⁶⁹ Art. 516 lid 2 Rv schrijft echter wel voor dat in de bekendmakingen vermeld wordt dat het een executoriale verkoop betreft. Stel dat in de aankondiging van de verkoop niet is vermeld dat het een executoriale verkoop betreft. Asbreuk-van Os stelt hierover:

‘Het adverteren zonder vermelding dat het om een executoriale verkoop gaat heeft tot gevolg dat de koper op grond van art. 7:19 lid 2 BW geleverd krijgt als bij vrijwillige verkoop.’⁶⁷⁰

In de bijbehorende voetnoot wordt dit standpunt wel enigszins afgezwakt, doordat daar vermeld wordt:

‘Tenzij de koper op een andere manier wordt geïnformeerd over het feit dat de verkoop bij wijze van parate executie plaatsvindt.’⁶⁷¹

Hierbij gaat Asbreuk-van Os uit van de toepassing van art. 7:19 *lid 2* BW bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder. Hiervan lijken ook Huijgen en Hijma uit te gaan.⁶⁷² Ik vraag mij af of niet ‘gewoon’ het eerste lid van toepassing is. Dat lid ziet immers op ‘de executoriale verkoop’ in het algemeen. Deze vraag is hier relevant, omdat alleen het tweede lid van deze bepaling eist dat de koper ‘wist of had moeten weten’ dat sprake is van een verkoop bij wijze van parate executie.

Art. 7:19 BW moet, zoals Asbreuk-van Os ook aangeeft, worden geanalyseerd in het licht van de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis. Het bestaan van het tweede lid naast het eerste heeft als reden dat de verkoop ex art. 1223 lid 2 OBW, zoals uitgewerkt wordt in onderdeel 6.3.1, wel werd gezien als een vrijwillige verkoop en niet als executoriale verkoop. Omdat de ratio van art. 7:19 lid 1 BW evenzeer voor een dergelijke verkoop opgaat, werd aan art. 7:19 BW een tweede lid toegevoegd waaruit blijkt dat het eerste lid in alle gevallen

⁶⁶⁹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 239 (MvT). Zie ook onderdeel 4.3.3.3.

⁶⁷⁰ Asbreuk-van Os 1994, p. 659.

⁶⁷¹ Asbreuk-van Os 1994, p. 659 (aldaar voetnoot 59).

⁶⁷² Huijgen 2012-I, p. 62; Asser-Hijma 2007 (5-I), nr. 286.

van parate executie opgaat. De toevoeging ‘mits de koper dit wist of had moeten weten’ is, zo kan op grond van de memorie van antwoord bij art. 7:19 BW worden geconcludeerd, bewust niet toegevoegd aan het eerste lid om dit lid niet te beperken ‘tot het geval dat de koper weet of moet weten dat het om een executoriale verkoop gaat’.⁶⁷³ De koper is bij een executoriale verkoop van registergoederen, zo wordt vervolgens aangegeven, voldoende beschermd omdat de verkoop plaatsvindt ten overstaan van een notaris en door art. 546 jo. 516 lid 2 Rv in het bijzonder.

Nu onder het huidige recht duidelijk is dat bij verkoop door de hypotheekhouder ex art. 3:268 BW eveneens sprake is van een executoriale verkoop, waarbij bovendien de bepalingen van art. 514 e.v. Rv op grond van art. 546 Rv van overeenkomstige toepassing zijn, heeft het tweede lid van art. 7:19 BW voor de executoriale verkoop door de hypotheekhouder geen toegevoegde waarde.⁶⁷⁴ Bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder is mijn inziens art. 7:19 lid 1 BW van toepassing. Zo beschouwd is het voor de toepassing van art. 7:19 BW niet relevant of in de aankondiging ex art. 546 jo. 516 Rv staat dat het om een executoriale verkoop gaat.

De wetenschap dat het om een executoriale verkoop gaat is om andere redenen wel van belang. Het is van belang dat de bieder hiervan uiterlijk bij het uitbrengen van zijn bod op de hoogte komt, zodat hij zijn bod kan afstemmen op de bijzondere gevolgen die aan de executoriale verkoop verbonden zijn. Door het raadplegen van de veilingvoorwaarden zal de koper weet hebben van het executoriale karakter van de verkoop, waardoor de gevallen waarin de koper een terecht beroep kan doen op onwetendheid ten aanzien van het karakter van de verkoop zeldzaam zullen zijn. Daarnaast zullen de bijzondere omstandigheden waaronder de verkoop plaatsvindt bij de bieder op zijn minst het vermoeden moeten doen opkomen dat sprake is van een bijzondere vorm van verkoop. In elk geval zal de bieder voor het uitbrengen van zijn bod van het executoriale karakter op de hoogte kunnen zijn.

Uit het bovenstaande volgt dat gevolgen van niet-vermelding gering zijn. De vermelding dat het een executoriale verkoop betreft is voor de geïnteresseerden dan ook met name een *eerste aanwijzing* van het karakter van de verkoop. Zij zullen ook op andere wijzen op de hoogte komen van het bijzondere karakter

⁶⁷³ *Kamerstukken II* 1985/86, 16 797, nr. 8, p. 15 (MvA).

⁶⁷⁴ Asbreuk-van Os 1994, p. 659 lijkt op dit punt een andere mening toegedaan, waar zij stelt: ‘Artikel 1548 (oud) BW was niet zonder meer van toepassing op de executie krachtens artikel 1223 lid 2 (oud) BW door een hypotheekhouder, omdat dit niet als een executoriale verkoop maar als een willige verkoop overeenkomstig artikel 1255 (oud) BW werd gezien. Deze lijn wordt onder het huidige recht voortgezet. De executoriale verkoop valt niet onder artikel 7:19 lid 1 BW.’

van de verkoop en door middel van de veilingvoorwaarden op de hoogte komen van de bijzondere gevolgen die aan de verkoop verbonden zijn. Op vergelijkbare wijze betoogt ook Huijgen, waar hij art. 7:19 lid 2 behandelt en spreekt over de vraag wanneer de loper wist of had moeten weten dat sprake was van een verkoop bij wijze van parate executie:

‘Dit laatste [de tenzij-clausule in art. 7:19 lid 2 BW] zal bij verkoop van onroerende zaken door een hypotheekhouder meestal het geval zijn gezien de vele formaliteiten en publiciteit die hiermee gepaard gaan, zoals advertenties waaruit zulks blijkt en het feit dat het in beginsel een openbare verkoop ten overstaan van een notaris betreft.’⁶⁷⁵

Wel zou de notaris de geïnteresseerden er, als dit in de aankondiging niet is geschied, voor de volledigheid nog op kunnen wijzen dat het gaat om een executoriale verkoop door middel van een uitdrukkelijke vermelding van het executoriale karakter van de verkoop in de bijzondere veilingvoorwaarden of op de website(s) waar de executoriale verkoop is aangekondigd, of door middel van een mededeling voor de aanvang van het biedproces dat het gaat om een executoriale verkoop.

2D. Ontbreken vermelding art. 547 lid 2 Rv

Op grond van art. 547 lid 2 Rv dient in de advertentie te worden opgenomen dat ‘tot veertien dagen vóór de voor verkoop bepaalde dag ondershands op de te executeren zaken kan worden geboden bij een aan de notaris gericht geschrift’. Het doel van deze bepaling komt uit de memorie van toelichting bij art. 547 Rv naar voren:

‘Met het oog op de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot onderhandse verkoop overeenkomstig artikel 3.9.4.11 lid 2 [art. 3:268 lid 2 BW, IV] zijn in dit artikel en het volgende een aantal nadere regels opgenomen, die, voor wat artikel 547 betreft, strekken *ter aanvulling* van de artikelen 515 en 516.’⁶⁷⁶

Stel nu dat in de advertentie niet is opgenomen dat er onderhands kan worden geboden. Uit een tuchtrechtelijke uitspraak van het Hof Amsterdam blijkt dat het hof deze overtreding bestrafte, en van oordeel was dat de notaris in strijd met de wet en daarom onjuist had gehandeld.⁶⁷⁷ De voorzieningenrechter kwam in dezelfde zaak tot een ander oordeel, namelijk dat deze handelswijze van de notaris niet onrechtmatig was en dat de wet bovendien geen sanctie stelt op niet-naleving van art. 547 lid 2 en 3 Rv.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Huijgen 2012-I, p. 62.

⁶⁷⁶ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 252 (MvT). Cursivering toegevoegd door mij.

⁶⁷⁷ Hof Amsterdam (tuchtr.) 13 december 2007, *LJN* BC2012.

⁶⁷⁸ Rb. Arnhem 23 juni 2006, *JOR* 2006, 253.

In beide uitspraken wordt niet ingegaan op de *strekking* van de bepaling. Art. 547 lid 2 Rv ziet, evenals art. 546 jo. 515 en 516 Rv, op informatieverstrekking. Waar het bij art. 515 Rv gaat om het informeren van de belanghebbenden over de dag, het uur en de plaats van de verkoop en in art. 516 Rv om het informeren van de potentiële gegadigden over de voorgenomen executoriale verkoop, is art. 547 lid 2 Rv gericht op het informeren van potentiële gegadigden over de mogelijkheid van onderhandse executoriale verkoop. Omdat onderhandse executoriale verkoop kan leiden tot een hogere (netto-)opbrengst, is het van belang in de advertentie melding te maken van de mogelijkheid van en de termijn voor het doen van onderhandse biedingen.

Een beroep op niet-naleving van art. 547 lid 2 Rv zal dan ook veelal afkomstig zijn van de hypotheekgever of een andere belanghebbende die stelt schade te hebben geleden doordat niet vermeld is dat onderhands kon worden geboden. In die gevallen zal, evenals hiervoor ten aanzien van art. 516 Rv is besproken, van belang zijn in hoeverre geïnteresseerden op andere wijze op de hoogte zijn gekomen van de mogelijkheid van het doen van onderhandse biedingen. Omdat hiervoor in feite hetzelfde geldt als hierboven besproken ten aanzien van art. 516 lid 2 Rv, wordt volstaan met een verwijzing naar dat onderdeel.

Ten aanzien van de mogelijkheid tot herstel wordt nog het volgende opgemerkt. Indien het gebrek wordt ontdekt terwijl de termijn tot de openbare verkoop minder is dan twee weken, is uitstel van de openbare verkoop mijns inziens niet de aangewezen weg. Daarmee gaan immers extra kosten gepaard, terwijl het de vraag of deze door de extra mogelijkheid van onderhandse verkoop worden terugverdiend. Dit zal anders zijn, indien er voor de notaris en hypotheekhouder voldoende aanwijzingen zijn dat de onderhandse executoriale verkoop tot een hogere netto-opbrengst zal leiden. De openbare verkoop kan dan voor enige tijd worden uitgesteld, om geïnteresseerden de mogelijkheid te geven door middel van een onderhands bod het goed aan te kopen.

3. Mededeling en terinzagelegging veilingvoorwaarden aan belanghebbenden

Als laatste van dit onderdeel wordt nog art. 517 lid 1 Rv besproken, waarin is voorgeschreven dat de notaris in overleg met de hypotheekhouder de veilingvoorwaarden vaststelt en deze tenminste acht dagen voor de verkoop meedeelt aan de belanghebbenden. Daartoe zendt hij aan de belanghebbenden een exemplaar van de veilingvoorwaarden, in art. 517 nog aangeduid met de archaïsche term ‘veilconditiën’. Tevens legt hij een exemplaar ter inzage op zijn kantoor.

Het voorschrift van art. 546 jo. 517 lid 1 Rv ziet op zowel de algemene als de bijzondere veilingvoorwaarden. Voor de strekking van deze bepaling kan de

parlementaire geschiedenis worden geraadpleegd, waarin uitvoerig op deze bepaling is ingegaan. Allereerst de passage uit de memorie van toelichting over de korte termijn van vaststellen en publicatie:

‘In het huidige recht dienen de veilconditiën lange tijd voor de verkoop ter griffie van de rechtbank te worden gedeponneerd, terwijl men slechts binnen een vrij korte termijn (acht dagen) daarentegen kan opkomen. [...] Dit stelsel dat beoogt de spoed te bevorderen, werkt in de praktijk echter minder gelukkig omdat het moeilijk te vermijden blijkt te zijn om tot kort voor de verkoop in de bijzondere bepalingen van de veilingvoorwaarden nog wijzigingen aan te brengen, bijv. in verband met nieuwe gegevens die ten aanzien van het te verkopen goed aan het licht zijn gekomen. In verband daarmee verdient het de voorkeur om op dit punt aan de praktijk nog de nodige vrijheid te laten, zoals deze thans ook bestaat ten aanzien van een verkoop op grond van het beding van artikel 1223 lid 2 B.W.’⁶⁷⁹

Met de termijn van acht dagen heeft de wetgever mijns inziens getracht twee belangen in evenwicht te brengen.⁶⁸⁰ Enerzijds wordt hiermee getracht recht te doen aan het belang van de betrokkenen om kennis te kunnen nemen van de inhoud van de voorwaarden. De belanghebbenden kunnen namelijk op twee wijzen opkomen tegen de veilingvoorwaarden. In de eerste plaats op grond van art. 546 jo. 517 lid 2 Rv. Indien de executant het, in verband met de te verwachten netto-opbrengst, niet nodig acht het goed vrij van bepaalde rechten te verkopen kunnen de belanghebbenden hiertegen opkomen. Zo kunnen zij een hogere opbrengst bewerkstelligen, waardoor wellicht niet alleen de executant, maar ook andere belanghebbenden uit de opbrengst voldaan kunnen worden.⁶⁸¹ Art. 546 jo. 518 Rv biedt betrokkenen bovendien de mogelijkheid om op te komen tegen de inhoud van de veilingvoorwaarden, de daarin vastgestelde wijze van verkoop, maar ook tegen de voor de verkoop vastgestelde dag, het uur of de plaats van de verkoop voorleggen aan de voorzieningenrechter. Hiermee kunnen de betrokken in zekere mate invloed uitoefenen op de executoriale verkoopprocedure. Voorts dient de bekendmaking om geïnteresseerden vóór het uitbrengen van hun bieding kennis te kunnen laten nemen van de voorwaarden die voor deze verkoop gelden. Dit belang is des te groter vanwege de bijzondere gevolgen die aan de executoriale verkoop verbonden zijn. De geïnteresseerde dient hier bij het uitbrengen van zijn bod terdege rekening mee te kunnen houden.

Anderzijds zal het enige tijd vergen onderzoek te doen naar de informatie die in de veilingvoorwaarden wordt.

⁶⁷⁹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 239-240 (MvT). De termijn van acht dagen is een termijn van toezending, zo oordeelde V zr. Rb. Utrecht 20 februari 2012, *JOR* 2012, 134 m.nt. B.A. Schuijling, *LJN* BV6445. Dit lijkt ook uit de bewoordingen van de bepaling te volgen.

⁶⁸⁰ Vgl. V zr. Rb. Haarlem 20 juni 2012, *LJN* BW9336; V zr. Rb. Utrecht 20 februari 2012, *JOR* 2012, 134 m.nt. B.A. Schuijling, *LJN* BV6445.

⁶⁸¹ Vgl. Parl. Gesch. Wijz. Rv., p. 240 (MvT).

Een voorbeeld, afkomstig uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht.⁶⁸² In de veilingvoorwaarden is opgenomen dat het goed is verhuurd zonder toestemming van de hypotheekhouder en dat verlot is aangevraagd tot het inroepen van het huurbeding. Op het moment van het vaststellen van de veilingvoorwaarden is nog niet bekend of het verlot zal worden verleend, hetgeen ook is opgenomen in de veilingvoorwaarden. Nog voordat een uitspraak over het verzoek wordt gedaan wordt het verzoek ingetrokken.

Hierdoor is de inhoud van de veilingvoorwaarden achteraf gezien onjuist of onvolledig. Om (onder meer) deze reden start de hypotheekgever een geschil ex art. 546 jo. 518 Rv en verzoekt om uitstel van de executoriale verkoop en wijziging van de veilingvoorwaarden op het punt van onder meer het inroepen van het huurbeding. De voorzieningenrechter wijst het verzoek toe:

‘Vorenstaande gang van zaken levert een situatie op die het voor een willekeurige gegadigde niet duidelijk maakt wat de stand van zaken is met betrekking tot de wel bestaande huurovereenkomsten. Een nadere toelichting van de executienotarissen voorafgaand aan de veiling doet daar niets aan af. Een potentiële koper oriënteert zich ruim voor de veiling en baseert zijn beslissing om al dan niet een bod uit te brengen op de inhoud van de hem vooraf ter beschikking gestelde veilingvoorwaarden. Een gemiddelde gegadigde zal er bij lezing van de veilingcondities van uitgaan dat hij het pand in elk geval na aankoop in onverhuurde staat geleverd zal kunnen krijgen maar dat is in werkelijkheid niet het geval.

Een dergelijke gang van zaken kan veroorzaken dat het object minder opbrengt dan wanneer in de veilingcondities wel de juiste en volledige gang van zaken was vermeld. Een zo hoog mogelijke executieopbrengst is zo dus niet gewaarborgd. Daarom zal de voorzieningenrechter het verzoek als na te melden toewijzen.’

Dit oordeel is in beginsel juist. Weliswaar brengt uitstel van de executoriale verkoop extra kosten mee en loopt de achterstand verder op, duidelijkheid voor de geïnteresseerde kopers is gewenst en, in verband met het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst, noodzakelijk. In onderdeel 4.4.2.2 is betoogd dat de geïnteresseerden tijdig op de hoogte moeten komen van voor hen relevante informatie. Deze stelling moet, met de bovenstaande uitspraak in het achterhoofd, worden *aangevuld* in die zin dat deze informatie, als zij achteraf gezien onjuist of onvolledig blijkt, moet worden gewijzigd. Het verzetten van de executoriale verkoop teneinde de voor de verkoop juiste veilingvoorwaarden te kunnen publiceren is dan een verstrekende maatregel, maar niettemin geoorloofd in gevallen als de bovenstaande; de verkoop van een verhuurd pand zal een geheel ander publiek aantrekken dan de verkoop van een onverhuurd woning.

Daarnaast komt uit de parlementaire geschiedenis naar voren dat ook de potentiële bidders ‘tijdig van de inhoud van de veilingvoorwaarden op de hoogte’ moeten kunnen komen.⁶⁸³ Vandaar dat naast toezending aan de belanghebbenden en ook terinzagelegging is voorgeschreven.⁶⁸⁴ De ter inzagelegging lijkt overigens, zoals andere bepalingen van de executoriale verkoop-

⁶⁸² V.zr. Rb. Utrecht 16 januari 2012, *LJN* BV3852.

⁶⁸³ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

⁶⁸⁴ Aangetekend verzenden van de veilingvoorwaarden geniet de voorkeur, om bewijsproblemen te voorkomen als een belanghebbende betwist de veilingvoorwaarden te hebben ontvangen. Zie in verband hiermee V.zr. Rb. Utrecht 16 januari 2012, *LJN* BV3852; V.zr. Rb. Arnhem 21 juni 2011, *JOR* 2012, 133.

procedure, met het oog op de huidige technische mogelijkheden achterhaald. Verwijzing in de advertentie naar een internetpagina waarop de veilingvoorwaarden zijn gepubliceerd doet meer recht aan de hedendaagse wijze van kennisgeving. Desondanks kan ter inzagelegging op het notariskantoor bij de verkoop van een goed dat mogelijk particulieren trekt, interessant zijn. Het biedt particulieren de mogelijkheid eventuele vragen voor te leggen aan de medewerker die de veiling voorbereidt.

In een uitspraak van de Rechtbank Arnhem is overigens nog geoordeeld dat de *algemene* veilingvoorwaarden niet hoeven te worden toegezonden en ter inzage gelegd, mits de openbaar toegankelijke vindplaats van deze algemene veilingvoorwaarden bekend wordt gemaakt.⁶⁸⁵ De algemene veilingvoorwaarden zijn voor meerdere executoriale verkopen gelijk en bovendien op verschillende plaatsen voor een ieder beschikbaar, waardoor de geïnteresseerden er, indien nodig, eenvoudig toegang toe kunnen krijgen.

Ten slotte blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de vrijheid die de notaris en hypotheekhouder hebben gekregen bij de vaststelling van de voorwaarden.⁶⁸⁶

Voor een uitgebreidere bespreking daarvan wordt verwezen naar onderdeel 4.3.3.3.

Uit het vorenstaande volgt dat het bepaalde in art. 546 jo. 517 lid 1 Rv van belang is voor het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Met name de in onderdeel 4.4 besproken aanknopingspunten van de *beste voorbereiding* en het *bereiken van de meestbiedende gegadigde* worden met dit voorschrift gediend. Het vaststellen en bekendmaken van de veilingvoorwaarden is dan ook een wezenlijk onderdeel van de executoriale verkoopprocedure. Niet- of niet juiste nakoming van art. 546 jo. 517 lid 1 Rv dient dan ook zwaar bestraft te worden. Nu de naleving in het belang is van alle betrokkenen, ligt de nietigheidssanctie voor de hand.

In veel gevallen zal echter sprake zijn van geringere gebreken dan het in het geheel niet naleven van het voorschrift. Ongeldigheid van de verkoop is dan niet op zijn plaats. Bovendien is een herstelmogelijkheid gelegen in het uitstel van de executoriale verkoop, indien het gebrek vóór de verkoop wordt ontdekt. Ter illustratie wordt hier gewezen op een tweetal aansluitende procedures dat in 2011 speelde voor de Rechtbank Rotterdam.

In de eerste procedure vond de (beslag)veiling plaats op 19 januari 2011.⁶⁸⁷ De notaris stelt op 10 januari 2011 de veilingvoorwaarden vast. Omdat daarin een

⁶⁸⁵ Vzm. Rb. Arnhem 21 juni 2011, *JOR* 2012, 133.

⁶⁸⁶ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

⁶⁸⁷ Vzm. Rb. Rotterdam 19 januari 2011, *LJN* BP7227. Zie hierover ook: Loonstein 2011-I.

foutief tijdstip was vastgelegd (13.00 uur i.p.v. 16.00 uur), passeert de notaris op 12 januari 2011 een rectificatieakte waarin het juiste tijdstip werd vastgesteld. Vervolgens start een van de hypotheekgevers een geschil tegen de veilingvoorwaarden en verzoekt daarbij om uitstel van de executoriale verkoop, nu de termijn van art. 517 lid 1 Rv (acht dagen voor de verkoop) niet in acht is genomen.

De voorzieningenrechter oordeelt allereerst dat de akte waarin de veilingvoorwaarden zijn vastgesteld pas op 12 januari 2011 tot stand kwam. Hij overweegt dat de akte van 12 januari 2011 een als nieuwe akte van veilingvoorwaarden wordt aangemerkt, omdat voor wijziging van het tijdstip van de veilingvoorwaarden geen rectificatieakte in de zin van art. 45 lid 2 Wna kan worden gebruikt. Het betreft hier namelijk, zo oordeelt de voorzieningenrechter, geen ‘kennelijk[e] schrijffout of kennelijke misslag’. Vervolgens luidt het oordeel dat niet aan de termijn van art. 517 lid 1 Rv is voldaan:

‘Gelet op de aard van de regeling dient aan de in art. 517 Rv gestelde termijn strikt de hand te worden gehouden, zodat [de hypotheekgever] op goede gronden bezwaar maakt tegen de doorgang van de voorgenomen veiling op 19 januari 2011. Aannemelijk is immers dat door de vermelding van verschillende tijdstippen onduidelijkheid kan zijn ontstaan over het daadwerkelijke aanvangstijdstip, waardoor niet meer gewaarborgd is dat zoveel mogelijk potentiële bidders op het juiste tijdstip ter veiling aanwezig zijn.’

Ten slotte oordeelt de voorzieningenrechter dat de veiling moet worden opgeschort. De nieuwe veilingdatum is 9 maart 2011. Ten aanzien van deze verkoop wordt opnieuw een procedure gevoerd over de veilingvoorwaarden, dit keer aangespannen door beide eigenaren van de te veilen woning.⁶⁸⁸ Ditmaal zijn de veilingvoorwaarden op 25 februari 2011 gepasseerd, maar zij worden pas op 1 maart aan de belanghebbenden toegestuurd.⁶⁸⁹ Ook nu ligt de vraag voor of is voldaan aan de termijn van art. 517 lid 1 Rv. De notaris stelt van wel, omdat de betreffende voorwaarden slechts een *aanvulling* op de eerder vastgestelde voorwaarden vormen. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat geen sprake is van een aanvulling. In de akte zijn de woorden ‘gaat bij deze over tot vaststelling van de veilingcondities’ opgenomen en bovendien zijn de veilingvoorwaarden op een aantal punten aangepast:

‘Dit in aanmerking nemende en gelet op de strekking van de in de wettelijke bepalingen omtrent de executoriale verkoop van een woning gestelde formaliteiten – het dienen van de belangen van de geëxecuteerde en de schuldeisers (o.a. het verkrijgen van duidelijkheid omtrent de rechten en verplichtingen en het verkrijgen van een zo hoog mogelijke veilingopbrengst) en de rechtszekerheid – ligt het voor de hand dat na uitstel

⁶⁸⁸ Vزر. Rb. Rotterdam 9 maart 2011, *LJN* BP7084. Zie hierover ook: Loonstein 2011-II.

⁶⁸⁹ Uit de uitspraak wordt niet duidelijk of de voorwaarden al wel eerder ter inzage zijn gelegd.

van een veiling in de aanloop naar de nieuw bepaalde voorgenomen veiling wederom aan de daartoe gestelde wettelijke formaliteiten dient te worden voldaan.’

De voorzieningenrechter stelt nogmaals een nieuwe veilingdatum vast, omdat niet aan de termijn van art. 517 lid 1 Rv is voldaan. Een beroep van de notaris op de parlementaire geschiedenis bij art. 544 Rv, waarin vermeld staat dat niet-inachtneming van dat voorschrift geen nietigheid met zich brengt,⁶⁹⁰ wordt overigens door de voorzieningenrechter nog van de hand gewezen:

‘Wat daarvan verder ook zij – verzoekers hebben in het geheel niet aan het verzoek ten grondslag gelegd dat op straffe van nietigheid niet aan de termijn van art. 517 Rv is voldaan, terwijl dit de voorzieningenrechter ook niet juist voorkomt –, dit laat onverlet dat de wettelijke waarborgen steeds in onverminderde mate in acht moeten worden genomen en dat dus aan de termijn van tenminste acht dagen strikt de hand moet worden gehouden, zoals hiervoor [...] reeds is geoordeeld.’

Hoewel hiervoor is betoogd dat art. 546 jo. 517 Rv in beginsel strikt moet worden nageleefd, zet ik vraagtekens bij de strikte lezing van deze bepaling door de rechtbank in de laatste uitspraak. Immers, de inhoud van de veilingvoorwaarden was – voor zover uit de uitspraak kan worden afgeleid – niet gewijzigd en bovendien was de datum van de veiling reeds bekend. Ik vraag mij af of in een dergelijk geval strikt moet worden vastgehouden aan de termijnen, nu het opnieuw uitstellen van de veiling extra kosten meebrengt. Dit is niet in het belang van de betrokkenen en doet ook geen recht aan de hierboven besproken strekking van art. 517 Rv.

Dit laat onverlet dat de wettelijk voorgeschreven termijnen in beginsel in acht moeten worden genomen. De notaris die in overleg met de executant de veilingvoorwaarden vaststelt zal dit, anders dan in de hierboven besproken casus is gebeurd, idealiter dan ook geruime tijd vóór de veiling doen, zodat geïnteresseerden en belanghebbenden daadwerkelijk de tijd hebben om hun bod en financiering daarop af te stemmen, dan wel tegen de voorwaarden bezwaar te maken.

5.4.2.3 Voorschriften voor de openbare executoriale verkoop

Ten slotte worden in dit onderdeel en het volgende de formaliteiten van de verkoop zelf besproken. Dit onderdeel ziet op *openbare* de executoriale verkoop en 5.4.2.4 op de *onderhandse* executoriale verkoop.

⁶⁹⁰ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 250 (MvT). Zie ook onderdeel 5.4.2.1, onder 1.

1. Verkoop eerst na dertig dagen

Art. 546 jo. 516 lid 1 Rv geeft de termijn waarbinnen de executoriale verkoop nog niet mag plaatsvinden. Vanaf de aankondiging zullen dertig dagen moeten verlopen, voordat de openbare verkoop plaatsvindt.⁶⁹¹ Over deze termijn stelt Albers-Dingemans:

‘Regelmatig komt het voor dat de termijn van 30 dagen voor het plaatsen van de veilingadvertentie in de krant (art. 516 Rv) door een misverstand niet in acht wordt genomen. Op zich is dit geen reden de geplande veiling uit te stellen. De dertig-dagen-termijn vormt geen geldigheidsvereiste en verkorting van de termijn leidt derhalve niet tot een ongeldige executieoverdracht. Wel bestaat de mogelijkheid dat de hypotheekhouder aansprakelijk wordt gesteld voor de eventuele schade ten gevolge van het te laat plaatsen van de advertentie. De omvang van de schade zal echter moeilijk vast te stellen zijn.’⁶⁹²

Ik vraag mij af of dit standpunt juist is. De letterlijke tekst van deze bepaling lijkt eerder op ongeldigheid van de executoriale verkoop aan te sturen (‘[g]een verkoop zal kunnen plaatsvinden’).⁶⁹³ Om hieromtrent conclusies te kunnen trekken, zal echter eerst de strekking van de bepaling moeten worden geanalyseerd.

In de parlementaire geschiedenis bij art. 516 Rv worden echter geen redenen vermeld voor de keuze voor een dertigdagentermijn waarbinnen geen verkoop mag plaatsvinden. In mijn ogen kunnen hiervoor verschillende argumenten worden aangevoerd:

- Potentiële geïnteresseerden dienen de mogelijkheid te hebben van de voorgenomen verkoop kennis te nemen, hun bod voor te bereiden en de financiering voor de aankoop te regelen.
- De geëxecuteerde heeft tot het moment van gunning of toewijzing het recht op lossing (art. 3:269 BW). Om de geëxecuteerde een reële mogelijkheid te geven de verkoop te voorkomen door te lossen, dient hem een redelijke termijn te worden geboden. Die termijn bedraagt minimaal dertig dagen vanaf de aanplakking en advertentie.
- Enigszins in aanvulling op het voorgaande: het is mogelijk dat in de voorbereiding van de executoriale verkoop toch nog mogelijkheden worden gevonden om de achterstand in te lopen of de verkoop of andere wijze af te wenden. Doordat de executoriale verkoop pas een maand na de aankondiging plaatsvindt, kan in de tussentijd nog worden gezocht naar een oplossing. Deze termijn dient echter niet te lang te zijn, nu de hypotheekhouder voordat hij overgaat tot executoriale verkoop de

⁶⁹¹ Zie over het woord ‘verkoop’ in art. 514 e.v. Rv onderdeel 4.4.1.5.

⁶⁹² Albers-Dingemans 2011, p. 344.

⁶⁹³ Vgl. hetgeen in onderdeel 5.4.2.1, onder 3 is gesteld m.b.t. art. 45 lid 3 Rv.

geëxecuteerde ook reeds de mogelijkheid moet hebben gegeven om met een oplossing ter voorkoming van executie te komen, zoals in onderdeel 5.3.1 besproken.

- De dertigdagentermijn biedt de notaris en hypotheekhouder de mogelijkheid de verkoop gedegen voor te bereiden, zoals besproken in onderdeel 5.2 en 5.3.
- Tegelijkertijd dient het in onderdeel 4.3.3 besproken belang van een efficiënte en effectieve executoriale verkoopprocedure in het belang van de netto-opbrengst te worden gewaarborgd. Om deze reden zal, als eenmaal het besluit tot verkoop is genomen, de verkoop niet op te lange termijn moeten plaatsvinden, om onnodig oplopen van de achterstand en kosten te voorkomen.

Uit het bovenstaande volgt dat de dertigdagentermijn een goed afgewogen termijn is. De termijn biedt enerzijds de mogelijkheid aan de notaris en de hypotheekhouder de executoriale verkoop voor te bereiden en aan de geëxecuteerde om deze te voorkomen, terwijl het anderzijds de executoriale verkoop niet op de te lange termijn wordt geschoven. Om deze reden zal de geldigheid van de executoriale verkoop in beginsel wel degelijk worden aangetast, indien de termijn van art. 546 jo. 516 lid 1 Rv niet in acht is genomen. Indien de termijn door een misverstand niet wordt nageleefd dient de executoriale verkoop dan ook wel verzet te worden, indien het gebrek vóór de verkoop wordt ontdekt. De belangen die met de termijn zijn gewaarborgd en de afweging die aan de bepaling ten grondslag ligt, rechtvaardigen dat de executoriale verkoop in beginsel moet worden uitgesteld. Anderzijds, indien het gebrek eerst ná de verkoop ontdekt wordt, zal niet steeds tot nietigheid moeten worden geconcludeerd. Met verwijzing naar het betoog van Hijma dat in onderdeel 5.4.1.1 is weergegeven, zal alleen plaats zijn voor nietigheid indien het *algemeen belang* daadwerkelijk geschonden is. Een belangenafweging is dan ook aanbevolen, waarbij wordt gezien in hoeverre het geschonden belang rechtvaardigt dat de verkoop opnieuw plaatsvindt, met alle mogelijke gevolgen voor de netto-opbrengst van dien.

2. Verkoop in het openbaar, bij opbod en afslag

Art. 3:268 BW jo. 546 jo. 519 Rv schrijft voor dat de verkoop in het openbaar, bij opbod en afmijning dient te geschieden. In onderdeel 2.4.2.1 is uitgewerkt wat moet worden verstaan onder ‘openbaarheid’. Kort gezegd gaat het erom dat een ieder toegang heeft tot de executoriale verkoop. Vanwege het grote belang van de toegankelijkheid van de verkoop voor de te behalen opbrengst, zal niet-nakoming mijns inziens moeten leiden tot ongeldigheid van de verkoop als deze *niet in het openbaar* heeft plaatsgevonden.

Het belang van strikte naleving geldt in mindere mate voor de *wijze* van openbare verkoop zoals voorgeschreven in art. 519 Rv. Zoals in onderdeel 4.4.1.2 is besproken, leidt strikte naleving niet zonder meer tot een zo hoog mogelijke opbrengst. Stel dat de verkoop *niet* bij opbod en afmijning heeft plaatsgevonden. De memorie van toelichting bij art. 519 Rv lijkt een dergelijke afwijking niet toe te staan:

‘Het verdient echter aanbeveling in elk geval opbod en afmijning te eisen.’⁶⁹⁴

Bezien vanuit de strekking van de wettelijke regeling betreffende de executoriale verkoopprocedure, zal indien kan worden aangetoond dat de openbare verkoop heeft geleid tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst echter in mijn ogen niet tot ongeldigheid moeten worden geconcludeerd.

Ter illustratie wordt hier gewezen op een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem over de mogelijkheid deze verkoop in plaats van bij opbod, bij inschrijving te doen plaatsvinden.⁶⁹⁵ De deurwaarder, ten overstaan van wie de verkoop plaatsvindt, heeft op grond van art. 463a Rv – een soortgelijke bepaling als art. 518 Rv – aan de voorzieningenrechter de vraag voorgelegd of deze afwijkende wijze van verkoop is toegestaan. Omdat er echter geen sprake is van een geschil betreffende de veilingvoorwaarden, verklaart de voorzieningenrechter zich onbevoegd over deze vraag te oordelen. De voorzieningenrechter overweegt echter wel:

‘Ter zitting heeft de gemeente voldoende aannemelijk gemaakt dat door verkoop bij inschrijving doorgaans een aanzienlijk hogere opbrengst wordt gegenereerd dan bij verkoop bij opbod. Omdat bij executoriale verkoop het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst voorop staat, lijkt de beoogde wijze van verkoop het meest tegemoet te komen aan het belang van de gemeente [de executant, IV] en het belang van [de geëxecuteerde].’

In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt is overigens *bewust* afgeweken van de voorschriften voor de openbare verkoop. Vonck acht deze uitspraak ‘uiteindelijk goed te billijken’ nu ‘de doelen van een opbodveiling ook goed (volgens de rechtbank zelfs beter) tot hun recht kunnen komen bij een verkoop bij inschrijving.’⁶⁹⁶ Hierbij sluit ik mij aan, vanwege het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure – het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Indien de hypotheekhouder, of een andere belanghebbende, overtuigend aantoont dat de andere wijze van verkoop leidt tot een hogere netto-

⁶⁹⁴ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 241 (MvT).

⁶⁹⁵ Vزر. Rb. Alkmaar 15 november 2007, *LJN* BB8597. Hierover ook: Vonck 2011, p. 305.

⁶⁹⁶ Vonck 2011, p. 305. In de bijbehorende voetnoot zwakt Vonck deze stelling overigens iets af.

opbrengst, zou verkoop op andere wijze mogelijk moeten zijn. Dit geldt temeer, nu belanghebbenden de mogelijkheid hebben de wijze van verkoop voor te leggen aan de voorzieningenrechter ex art. 546 jo. 518 Rv en zo voor hun belang op te komen.

5.4.2.4 Voorschriften voor de onderhandse executoriale verkoop

De onderhandse executoriale verkoopprocedure loopt in belangrijke mate gelijk met de procedure van openbare executoriale verkoop en wordt afgerond met ofwel de goedkeuring van de koopovereenkomst door de voorzieningenrechter, ofwel afwijzing van het verzoek tot goedkeuring met de bepaling van een nieuwe datum voor openbare verkoop.

Hier wordt nog de sanctie op twee bepalingen besproken, die specifiek zien op de onderhandse executoriale verkoop. Het gaat dan om art. 547 lid 3 Rv, over het onverwijld doorgeven van de onderhandse biedingen, en art. 548 Rv, over het indienen van het verzoekschrift. Voor de vraag in hoeverre de overige formaliteiten van de executoriale verkoopprocedure ook bij onderhandse executoriale verkoop moeten worden nageleefd, wordt verwezen naar onderdeel 4.4.3.1 en 4.4.3.2, waar op deze vraag is ingegaan. Ten aanzien van het voorschrift dat biedingen bij de notaris moeten binnenkomen, wordt verwezen naar onderdeel 5.2.3.3.

1. Doorgeven onderhandse biedingen aan de hypotheekhouder en de hypotheekgever

Voor de onderhandse executoriale verkoop schrijft art. 547 lid 3 Rv voor dat de notaris van de binnengekomen biedingen onverwijld afschrift geeft aan de hypotheekgever ('geëxecuteerde') en de hypotheekhouder ('executant'). Hieronder worden eerst de gevolgen van niet-naleving van het voorschrift door het niet toezenden van de binnengekomen biedingen aan de *hypotheekgever* besproken en vervolgens de gevolgen van het niet toezenden van de binnengekomen biedingen aan de *hypotheekhouder*.

1A. Doorgeven onderhandse biedingen aan de hypotheekgever

Wat het doorzenden van de biedingen aan de hypotheekgever betreft is het belang erin gelegen dat ook de hypotheekgever met een bieder een koopovereenkomst kan aangaan. Zo kan de hypotheekgever het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst zelf beïnvloeden. Hiertoe zal de hypotheekgever dan wel op de hoogte moeten zijn van de binnengekomen biedingen.

De notaris die verzuimt de binnengekomen biedingen door te geven aan de hypotheekgever (dan wel diens curator), is hiervoor mijns inziens terecht

tweemaal tuchtrechtelijk op de vingers getikt.⁶⁹⁷ Iedere schijn van bevoordeling van de executant boven de geëxecuteerde moet worden vermeden en de hypotheekgever moet tijdig op de hoogte worden gebracht, om zo een goede afweging te maken over het sluiten van een koopovereenkomst met (een van) de bieder(s).

Voor een civielrechtelijke sanctie, in de zin van ongeldigheid van de executoriale verkoop, is in mijn ogen minder plaats. Het belang van de hypotheekgever bij een zo hoog mogelijke opbrengst wordt voldoende gewaarborgd door de wettelijke voorschriften van de onderhandse executoriale verkoop. Stel dat de hypotheekhouder aan wie de biedingen *wel* worden toegezonden, overgaat tot het indienen van een verzoek tot onderhandse verkoop. Dan kunnen de belanghebbenden, waaronder de hypotheekgever, op grond van art. 3:268 lid 2 BW voor afloop van de behandeling van het verzoek tot onderhandse executie een gunstiger aanbod voorleggen. Bovendien dient de notaris op grond van art. 548 lid 2 Rv ook de andere binnengekomen biedingen voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Hiermee is op afdoende wijze gewaarborgd dat het goed voor een goede prijs wordt verkocht, omdat de voorzieningenrechter het verzoek ook nog zou kunnen afwijzen zodat de openbare veiling wordt opgestart (art. 548 lid 4 Rv).

Stel dat de hypotheekhouder besluit ondanks de binnengekomen biedingen niet tot onderhandse verkoop over te gaan. In dat geval zal het goed worden verkocht door middel van een openbare veiling. Hierbij dient te worden bedacht dat het initiatief voor de executoriale verkoop aan de zijde van de hypotheekhouder ligt en dat hij in beginsel de regie heeft. Bij openbare executie komt dit duidelijk naar voren, nu de hypotheekhouder het recht heeft het goed al dan niet te gunnen aan de hoogste bieder. Dit neemt echter niet weg dat de hypotheekhouder en de notaris zoals hierboven uitgewerkt gehouden zijn te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst in het belang van de hypotheekgever. De hypotheekgever die benadeeld is, omdat de hypotheekhouder een hoger bod bij onderhandse executoriale verkoop niet heeft voorgelegd aan de voorzieningenrechter, terwijl de openbare executoriale verkoop uiteindelijk heeft geleid tot een lagere opbrengst, kan de hypotheekhouder en de notaris dan ook aanspreken.⁶⁹⁸ De notaris, omdat hij de biedingen had moeten doorzenden aan de hypotheekgever en de hypotheekhouder, omdat zijn handelen tot een lagere opbrengst heeft geleid.

⁶⁹⁷ KvT Amsterdam 2 december 2010, *LJN* YC0553; Hof Amsterdam 13 december 2007, *LJN* BC2012.

⁶⁹⁸ Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 395.

1B. Doorgeven onderhandse biedingen aan de hypotheekhouder

Het niet toezenden van de binnengekomen biedingen aan de hypotheekhouder is bezwaarlijk, omdat hiermee aan de organisator van de executoriale verkoop de mogelijkheid kan worden onthouden een hogere opbrengst te behalen. Dit is met name bezwaarlijk, indien de geëxecuteerde geen actie onderneemt om tot onderhandse executoriale verkoop over te gaan. Omdat hiermee een wettelijke mogelijkheid tot een andere wijze van verkoop wordt onthouden, zal de verkoop in beginsel ongeldig moeten worden verklaard. Bij de conclusie moet echter worden gezien in hoeverre de onderhandse biedingen hadden geleid tot een hogere opbrengst. Indien de met openbare verkoop behaalde opbrengst afwijkt van de binnengekomen biedingen, kan de hypotheekhouder besluiten niet te gunnen en hierdoor de executoriale verkoopprocedure opnieuw op te starten. Daarbij zal ook rekening moeten worden gehouden met de kosten die een nieuwe executoriale verkoop meebrengt.

Wordt het gebrek vóór de executoriale verkoop ontdekt, dan zal uitstel van de openbare veiling voor de hand liggen. Zo kan alsnog het verzoekschrift tot onderhandse verkoop worden ingediend. Een andere mogelijkheid is het starten van de procedure van art. 438 lid 2 Rv.

2. Tijdig indienen van het verzoekschrift tot onderhandse verkoop

Op grond van art. 548 lid 1 Rv dient een verzoekschrift tot onderhandse executoriale verkoop uiterlijk een week voor de verkoop te worden ingediend bij de voorzieningenrechter. Tijdig wil zeggen: vóór sluitingstijd van de griffie of, indien per fax aangeleverd, vóór 0.00 uur.⁶⁹⁹

Reeds in 1996 heeft de Rechtbank 's-Gravenhage geoordeeld dat niet-naleving van deze termijn leidt tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek.⁷⁰⁰ De rechter baseert dit oordeel op de memorie van toelichting bij art. 3:268 BW:

‘In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal voorts een termijn moeten worden vastgesteld waarbinnen het verzoek uiterlijk moet worden ingediend, wil het ontvankelijk zijn: men zie de eerste zin van het nieuwe lid 3. Het is ongewenst dat een eenmaal vastgestelde openbare veiling tot op het laatste moment met verzoeken zou kunnen worden doorkruist, zolang er onder de belanghebbenden bij de executie zijn die openbare verkoop prefereren.’⁷⁰¹

Vanwege de snelheid van de procedure kiest de wetgever er derhalve expliciet voor verzoeken die te laat zijn ingediend niet-ontvankelijk te verklaren. In beginsel is dit ook niet bezwaarlijk, omdat de bieder wiens bod is voorgelegd

⁶⁹⁹ Vgl. Hoge Raad 16 februari 1996, *NJ* 1997, 55 m.nt. H.J. Snijders.

⁷⁰⁰ Vزر. Rb. 's-Gravenhage 20 februari 1996, *NJ* 1996, 388. Anders Vزر. Rb. Arnhem 29 februari 2000, *NJkort* 2000, 31.

⁷⁰¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

ook bij openbare verkoop kan meebieden. De opbrengst komt derhalve niet in gevaar.⁷⁰²

In art. 548 lid 2 Rv is ook opgenomen welke bijlagen bij het verzoekschrift moeten worden overgelegd. Hierover besliste de Rechtbank 's-Hertogenbosch in 2003:

‘Het op 2 juni 2003 ingediende verzoek is weliswaar tijdig gedaan, maar ontbeert de begeleiding van de nodige bescheiden, te weten de volledige koopakte en een afschrift van de bij de notaris ingekomen biedingen, evenals de lijst van de in art. 544 Rv bedoelde belanghebbenden. Het verzoek is daarom niet genoegzaam op de wet gebaseerd, zodat het reeds daarom moet worden afgewezen.’

Aldus dient niet slechts het verzoekschrift, maar dienen tevens de in art. 548 lid 2 Rv opgenomen bescheiden te worden overlegd wil het verzoek ontvankelijk zijn.

⁷⁰² Kennelijk anders: Vزر. Rb. Arnhem 29 februari 2000, *NJ* kort 2000, 31.

6. De executoriale verkoopprocedure op macroniveau

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de executoriale verkoopprocedure op macroniveau centraal. Hierbij wordt zowel de huidige wettelijke regeling beschouwd, als ingegaan op de wenselijke veranderingen daarin in verband met de in het vierde hoofdstuk besproken uitgangspunten. Aan de hand van deze uitgangspunten kan worden gezien hoe het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst op macroniveau kan worden ondersteund.

Hiertoe worden het verhaalsrecht van de hypotheekhouder en zijn bevoegdheden bij de executoriale verkoop grondig geanalyseerd. Deze analyse start met een beschouwing van het recht van parate executie van de hypotheekhouder en zijn bevoegdheid tot verkoop en overdracht van het goed van de hypotheekgever. Vervolgens worden de beperkingen die het huidige recht stelt aan de verhaalsbevoegdheid van de hypotheekhouder beschouwd. De laatste twee onderdelen van dit hoofdstuk zien vervolgens op belangrijke bevoegdheden van de hypotheekhouder bij de executoriale verkoopprocedure en de wenselijke veranderingen van de wettelijke regeling op dat punt.

6.2 Het recht van parate executie nader beschouwd

Evenals iedere andere schuldeiser kan de hypotheekhouder zijn vordering verhalen op alle goederen van de schuldenaar (art. 3:276 BW). De procedure voor verhaal door schuldeisers is in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vastgelegd. Op grond van de in art. 502 e.v. Rv voorgeschreven procedure voor verhaal bij onroerende zaken dient een schuldeiser diverse handelingen te verrichten voordat daadwerkelijk tot de executoriale verkoop kan worden overgegaan.⁷⁰³ De schuldeiser dient, voordat hij executoriaal beslag kan leggen, eerst een exploit aan de schuldenaar te laten uitbrengen door de deurwaarder. In het exploit is opgenomen het bevel binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen. Deze executoriale titel kan de grosse van een authentieke akte – zoals de hypotheekakte – zijn. Indien een schuldeiser daarover niet beschikt dient hij eerst over een (toewijzend) vonnis of (toewijzende) beschikking te beschikken (art. 430 Rv), voordat hij een exploit kan uitbrengen. Voldoet de schuldenaar niet aan het bevel tot betaling in het exploit, dan kan de schuldeiser beslag leggen door middel van een proces-verbaal dat is opgesteld door de deurwaarder (art. 504 Rv). Dit proces-verbaal wordt ingeschreven in de openbare registers en betekend aan de schuldenaar (art. 505 Rv). Vervolgens zal het beslag worden betekend aan de hypotheekhouders, die de bevoegdheid

⁷⁰³ Bij verhaal door de hypotheekhouder die beslag heeft gelegd moet acht worden geslagen op art. 521 Rv dat de verhaalsmogelijkheden van de hypotheekhouder beperkt. Hierover Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 384.

hebben de executoriale verkoop over te nemen (art. 509 Rv). Neemt de hypotheekhouder niet over, of is er met betrekking tot het goed waarop beslag wordt gelegd geen hypotheekrecht ingeschreven, dan kan beslaglegger wiens proces-verbaal het eerst is ingeschreven overgaan tot de executoriale verkoop (art. 513 Rv).

In een vogelvlucht zijn dit de handelingen die aan het verhaal door een schuldeiser voorafgaan. Zoals ook in de vorige hoofdstukken duidelijk werd, biedt de wet naast deze voor iedere schuldeiser bestaande verhaalsmogelijkheid de hypotheekhouder een aanzienlijk eenvoudiger, snellere en minder kostbare verhaalsprocedure. Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek staat deze wijze van verhaal open voor iedere hypotheekhouder en niet slechts voor de hypotheekhouder met eerst ingeschreven recht.⁷⁰⁴ Art. 3:227 jo. 3:268 BW geeft de hypotheekhouder namelijk het recht van parate executie.⁷⁰⁵ Hiermee heeft de hypotheekhouder, in de woorden van Van der Kwaak, ‘het recht om zonder executoriale titel en zonder inleidend beslag tot verhaal op bepaalde goederen van de schuldenaar over te gaan’.⁷⁰⁶

Het recht van parate executie past bij het karakter van het hypotheekrecht. Het hypotheekrecht is een goederenrechtelijk zekerheidsrecht dat tegenover een ieder geldend gemaakt kan worden (*droit de suite*) en de hypotheekhouder voorrang geeft boven een groot aantal andere schuldeisers (*droit de préférence*, art. 3:279 BW). De waarde van dit zekerheidsrecht komt met name naar voren op het moment dat de hypotheekgever niet langer voldoet aan zijn verplichtingen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. Op dat moment kan de hypotheekhouder zijn vordering met voorrang boven de meeste andere schuldeisers verhalen. Het recht van parate executie sluit hierop aan door de hypotheekhouder zo veel mogelijk zekerheid te bieden dat hij zijn vordering in geval van verzuim op een effectieve en efficiënte wijze kan verhalen.⁷⁰⁷ In de toelichting bij zijn ontwerp ziet Meijers het dan ook als een vanzelfsprekendheid dat aan het zekerheidsrecht een sterk verhaalsrecht is gekoppeld:

‘De pandhouder heeft krachtens zijn pandrecht het recht van parate executie. Het is niet wel in te zien, waarom de hypotheekhouder een met zijn recht van hypotheek corresponderend recht moet missen.’⁷⁰⁸

⁷⁰⁴ Zie onderdeel 2.4.3 en 2.5.1.

⁷⁰⁵ Groefsema stelt terecht dat dit een *andere* wijze van verhaal is dan het verhaal ex art. 3:276 BW (Groefsema 1993, p. 85-86). Anders Van der Kwaak 1990, p. 80.

⁷⁰⁶ Van der Kwaak 1990, p. 40.

⁷⁰⁷ Vgl. Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 7. Zie ook onderdeel 4.3.3.2.

⁷⁰⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM).

Een ander aspect van het hypotheekrecht is de handhaafbaarheid van dit recht in faillissement van de hypotheekgever, alsmede in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van de hypotheekgever.⁷⁰⁹ De hypotheekhouder kan een faillissement van de hypotheekgever in beginsel negeren, omdat hij zijn recht tot executoriale verkoop ook in geval van faillissement doen gelden (art 57 Fw). In de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) geeft de staatssecretaris van Justitie een nadere motivering voor de separatistpositie van de hypotheekhouder:

- (1) 'Zoals ik hierboven heb toegelicht, is als uitgangspunt aangehouden dat op de bevoegdheden van schuldeisers slechts een inbreuk gemaakt zou moeten worden voor zover dat nodig is met het oog op het eigenlijke doel van de schuldsaneringsregeling. Om die reden is aan de positie van de pand- en hypotheekhouder niet getornd.'
- (2) 'Voorts moet niet uit het oog worden verloren dat pand- en hypotheekrechten door schuldeisers worden bedongen en door de schuldenaar worden verleend juist met het oog op mogelijke situaties dat de schuldenaar zijn betalingsverplichting niet kan nakomen. Niet valt in te zien waarom in het geval de schuldenaar inderdaad in de financiële problemen is geraakt en om die reden ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard, het pand- en hypotheekrecht doorbroken moet worden.'
- (3) 'Voorts moet ook worden bedacht dat, zoals in paragraaf 23 van de memorie van toelichting reeds werd aangestipt, een wettelijke inbreuk op het pand- en hypotheekrecht van de schuldeisers in het geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling in het algemeen gevolgen zou kunnen hebben voor het kunnen verkrijgen door natuurlijke personen van krediet tegen zekerheid.'⁷¹⁰

Bij de analyse van de achterliggende reden voor het recht van parate executie in de volgende onderdelen wordt bij het tweede en derde punt nader stilgestaan. Deze punten hebben namelijk niet alleen betrekking op de separatistpositie in faillissement, maar gelden evenzeer voor andere bevoegdheden die aan het hypotheekrecht zijn verbonden. Op het eerste punt wordt hier niet nader ingegaan, omdat dit specifiek ziet op de faillissementsprocedure.

6.2.1 Achterliggende reden voor het recht van parate executie: het belang van hypothecaire financiering

Zoals hiervoor besproken werd het recht van parate executie door Meijers welhaast vanzelfsprekend aan het hypotheekrecht als zekerheidsrecht gekoppeld. Ondanks deze ogenschijnlijke vanzelfsprekendheid, is het interessant te analyseren *waarom* het recht van parate executie aan het hypotheekrecht

⁷⁰⁹ Zie ook onderdeel 5.2.5.2, onder 1A. Hetgeen hierna wordt opgemerkt ten aanzien van faillissement is ook van toepassing op de schuldsaneringsregeling, tenzij anders vermeld.

⁷¹⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 10 (MvA). Nummers toegevoegd door mij.

verbonden is. Daarmee kan worden verklaard waarom andere schuldeisers dergelijke rechten bij het verhaal van hun vordering ontberen. Daarnaast biedt de analyse bruikbare handvatten bij de beschouwing van de wijze waarop de bevoegdheden van de hypotheekhouder bij het verhaal van zijn vordering heden ten dage zijn vormgegeven en de begrenzing van zijn bevoegdheden.⁷¹¹

De belangrijkste reden voor het toekennen van het recht van parate executie is mijns inziens gelegen in hetgeen de staatssecretaris in het citaat hierboven onder punt drie aanvoert: het belang van hypothecaire financiering voor de aankoop van woning (en daarmee voor de bevordering van het eigenwoningbezit). Waar dit belang, zoals in onderdeel 4.3.2.2 betoogd, ook de grondslag vormt voor het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure op macroniveau, vormt het tevens de grondslag voor het recht van parate executie. Ook hiervoor geldt immers dat voor de bereidheid van de hypotheekhouder tot financiering het van belang is dat hij zo veel mogelijk zekerheid heeft dat het door hem uitgeleende uiteindelijk wordt terugbetaald. Hiertoe zal de wettelijke regeling hem van de nodige instrumenten kunnen voorzien teneinde het terugvorderen van het uitgeleende te vergemakkelijken, in het bijzonder bij verzuim van de hypotheekgever in zijn verplichtingen.

Voor een nadere bespreking van het belang van hypothecaire financiering wordt hier verwezen naar onderdeel 4.3.2.2. De redenen die daar worden besproken, gelden evenzeer voor het recht van parate executie van de hypotheekhouder.

6.2.2 Rechtvaardiging voor het recht van parate executie

Het toekennen van ruime bevoegdheden aan de hypotheekhouder enerzijds heeft gevolgen voor de rechtspositie van de hypotheekgever anderzijds. Zo wordt, als gevolg van het recht van parate executie, niet langer door middel van een noodzakelijk aan de executoriale verkoop voorafgaande rechterlijke procedure een belangenafweging gemaakt. In onderdeel 5.3.1 is uitgewerkt dat de hypotheekhouder weliswaar op grond van lagere regelgeving en jurisprudentie (gebaseerd op de leerstukken van misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad dan wel redelijkheid en billijkheid) niet steeds bij een enkel verzuim mag overgaan tot executoriale verkoop, maar op grond van de wettelijke regeling is een enkel verzuim wel voldoende om de bevoegdheid tot executoriale verkoop te doen ontstaan. Daarom is het interessant te bespreken welke omstandigheden deze bevoegdheid van de hypotheekhouder *rechtvaardigen*. Uit de literatuur kan een tweetal met het hypotheekrecht verbonden aspecten worden afgeleid waarop de rechtvaardiging berust: vrijwillige zelfbeschikking en registratie.

⁷¹¹ Vgl. onderdeel 4.2 over het belang van het vastleggen van de uitgangspunten voor de executoriale verkoopprocedure op microniveau.

6.2.2.1 Vrijwillige zelfbeschikking (interne rechtvaardiging)

Het eerste aspect speelt in de relatie tussen hypotheekhouder en hypotheekgever en ziet op de vrijwillige toekenning door de hypotheekgever van verdergaande executoriale bevoegdheden aan de hypotheekhouder. Over dit aspect spreekt onder meer Van der Kwaak in zijn onder 6.3.2 uitgebreider te bespreken proefschrift.⁷¹² Van der Kwaak bespreekt het verschil tussen het beslagrecht, dat strekt ‘tot zekerheid met het oog op reële executie’, en de goederenrechtelijke zekerheidsrechten, ‘die strekken tot zekerheid met het oog op parate executie’.⁷¹³ Het verschil tussen beide verhaalsrechten berust, zo stelt Van der Kwaak, op het onderscheid tussen *genomen en gegeven zekerheid*:

‘De zekerheidsrechten berusten, evenals het recht van parate executie, op samenwerking, vrijwilligheid, een meerzijdige rechtshandeling, etc., terwijl het recht tot beslaglegging, evenals dat tot reële executie, zijn basis vindt in de wet, berust op dwang, wordt uitgeoefend door middel van een eenzijdige rechtshandeling (de daad van beslaglegging), etc. Tegenover elkaar staan gegeven zekerheid en verhaalsuitoefening op basis van vrijwilligheid enerzijds, genomen zekerheid en verhaalsuitoefening via dwang anderzijds. Twee vergelijkbare, maar te onderscheiden vormen van executie: parate en reële executie. Twee systemen van verhaalsuitoefening, die corresponderen met twee systemen van privaatrecht: het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht.’⁷¹⁴

Het onderscheid tussen de rechten van zekerheidsgerechtigden (pand- en hypotheekhouder) en andere schuldeisers ligt derhalve in de *toestemming* van de hypotheekgever; de vrijwilligheid waarmee de hypotheekgever zich verbindt ten aanzien van de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot verkoop indien de hypotheekgever zijn verplichtingen uit de hypotheekakte in de toekomst niet nakomt.

Deze vrijwilligheid vormt een rechtvaardiging voor het recht van parate executie. In de hypotheekakte wordt het hypotheekrecht neergelegd. Deze akte wordt door hypotheekhouder en –gever ondertekend, waarna door inschrijving ervan het hypotheekrecht ontstaat (art. 3:260 BW). Aan dit hypotheekrecht is op grond van de wet het recht van parate executie verbonden. De hypotheekgever beschikt derhalve in de hypotheekakte over zijn positie in geval van wanbetaling. Een andere schuldeiser ontbeert deze specifieke toestemming, waardoor hij eerst een legitimatie behoeft alvorens tot uitoefening van zijn rechten te kunnen overgaan. Deze legitimatie ligt veelal in een rechterlijk vonnis (art. 430 Rv). Daarmee ligt aan hun bevoegdheid tot verhaal een *dwangmiddel* ten grondslag.

⁷¹² Van der Kwaak 1990, p. 39 e.v.

⁷¹³ Van der Kwaak 1990, p. 39.

⁷¹⁴ Van der Kwaak 1990, p. 43.

Het zelfbeschikkingsrecht kan worden vergeleken met de *preuve preconstituée* in het bewijsrecht. De *preuve preconstituée* (ook wel: bewijs tegen zichzelf) houdt in dat partijen vooraf beschikken over hun bewijsrechtelijke positie. De in de akte neergelegde verklaringen van partijen leveren tussen hen dwingend bewijs op.⁷¹⁵ Bij medeondertekenen van (en verschijnen bij) het proces-verbaal scheppen partijen eveneens bewijs tegen zichzelf, zoals ook volgt uit art. 37 lid 3 Wna.

6.2.2.2 Het publiciteitsbeginsel (externe rechtvaardiging)

De hierboven besproken reden vormt een *interne* rechtvaardiging voor de sterke rechten van de. Voor de sterke positie van de hypotheekhouder ten opzichte van *derden* biedt de registratie van het hypotheekrecht in de openbare registers een rechtvaardiging. Voor de vestiging van het hypotheekrecht is op grond van art. 3:260 BW inschrijving van een notariële akte in de openbare registers nodig.⁷¹⁶ De inschrijving in een voor een ieder te raadplegen register vormt derhalve een constitutief vereiste voor het hypotheekrecht. Zoals Struycken opmerkt is door deze inschrijving niet slechts het bestaan van het hypotheekrecht voor een ieder zichtbaar, maar ook de *inhoud* van de hypotheekakte, en daarmee alle rechten en bevoegdheden van de hypotheekhouder alsmede het (maximum)bedrag dat de hypotheekhouder op grond van het hem gegeven hypotheekrecht kan verhalen.⁷¹⁷ De kenbaarheid maakt dat derden die na de vestiging van het hypotheekrecht rechten op het goed verkrijgen met het hypotheekrecht rekening kunnen houden. Hierin ligt mijns inziens de rechtvaardiging voor de vergaande bevoegdheden van de hypotheekhouder ten opzichte van gerechtigden met een later gevestigd recht, dan wel een niet gepubliceerd recht.

Hierbij wordt nog opgemerkt dat ook bij andere wijzen van verhaal op registergoederen de wetgever veel waarde hecht aan de publicatie in de openbare registers. De schuldeiser die zijn vordering op het registergoed wil verhalen dient op grond van art. 505 lid 1 Rv het proces-verbaal van inbeslagneming in te schrijven in de openbare registers. Nadien ontstane rechten kunnen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen, zo volgt uit het tweede lid. Omdat deze gerechtigden hiermee rekening moeten kunnen houden, wordt ook hier belang gehecht aan publicatie.

Het publiciteitsbeginsel kan slechts een rechtvaardiging vormen voor het sterke recht van de hypotheekhouder, nu een pandrecht in beginsel niet gepubliceerd wordt. Zonder te zeer stil te staan bij de rechtvaardiging voor het sterke recht

⁷¹⁵ Melis/Waaijer 2012, p. 164-169.

⁷¹⁶ Zie over registratie van het hypotheekrecht nader: Struycken 2009, p. 117-127. Zie over de ontwikkeling van het publiciteitsbeginsel bij het hypotheekrecht hoofdstuk 2.

⁷¹⁷ Vgl. Struycken 2009, p. 127.

van de pandhouder, wordt hier wel gewezen op de kenbaarheid van het pandrecht voor derden, als gevolg van vestiging door ofwel bezitspand (art. 3:236 BW) ofwel door middel van een authentieke akte of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:237 BW).⁷¹⁸ Daarnaast wordt gewezen op het belang dat de wetgever hecht aan publicatie bij *registergoederen*, hetgeen ook volgt uit het hiervoor vermelde art. 505 Rv bij executoriaal beslag.

6.2.3 *Vergelijking met het vereenvoudigde invorderingsrecht van de fiscus*

Niet alleen de pand- en hypotheekhouder hebben op grond van de wet sterke uitwinningrechten. Zo heeft de fiscus bij de invordering van rijksbelastingen een aantal wettelijke bevoegdheden die de invordering aanzienlijk vereenvoudigen. De fiscus heeft, evenals de hypotheekhouder, geen rechterlijke vonnis nodig voor zijn bevoegdheid tot verhaal. Op grond van art. 4:116 Awb jo. 14 lid 1 Inv. vormt het dwangbevel, dat door de ontvanger zelf wordt uitgevaardigd, de executoriale titel. Na betekening daarvan kan de tenuitvoerlegging plaatsvinden. Naast de mogelijkheid om op de wijze van art. 502 e.v. Rv zijn verhaal uit te oefenen, heeft de fiscus op grond van art. 19 Inv. de bevoegdheid tot vereenvoudigd derdenbeslag.⁷¹⁹ Overigens heeft de fiscus ook de mogelijkheid van lijfswang in geval de schuldenaar niet betaalt (art. 20 Inv.), alsmede een voorrecht (art. 21 Inv.) en bodem(voor)recht (art. 22 Inv.).

Deze bevoegdheden van de fiscus kunnen moeilijk worden verklaard vanuit de vrijwilligheidsgedachte die aan de theorie van Van der Kwaak ten grondslag ligt.⁷²⁰ Voor deze bevoegdheden gelden dan ook andere redenen. Deze liggen veeleer in het algemeen belang dat met de invordering van belasting gediend wordt. Zo stelt Feteris:

‘Ik zou hier als uitgangspunt willen nemen dat de gemeenschap een zeer zwaarwegend belang heeft bij de heffing en inning van materiële belastingschulden, die uit de wet voortvloeien. De overheid is voor haar voortbestaan en functioneren sterk afhankelijk van belastingopbrengsten.’⁷²¹

[...]

‘Betaling van belastingaanslagen is een wettelijke plicht van de belastingschuldigen. De Staat heeft hierbij een zeer zwaarwegend belang. Als de ontvanger belastingschuldigen die hun aanslag niet betalen ongemoeid zou laten, zou dat bovendien leiden tot een

⁷¹⁸ Zie hierover: Struycken 2009, p. 127 e.v.

⁷¹⁹ Broekveldt geeft echter aan dat over het rechtskarakter van het verhaalmiddel van art. 19 Inv. geen duidelijkheid bestaat. Hij vraagt zich af of de kwalificatie als *vereenvoudigd derdenbeslag* juist is: Broekveldt 1998, p. 115.

⁷²⁰ Zie Van der Kwaak 1990, p. 47 over het verschil tussen juridische wil en psychische wil.

⁷²¹ Feteris 2007, p. 6.

onevenwichtige verdeling van lasten ten opzichte van andere belastingschuldigen die wel (tijdig) betalen.⁷²²

Er worden ook andere redenen voor het vereenvoudigde invorderingsrecht van de fiscus aangevoerd. Zo stelt Feteris dat de reden voor het gegeven dat het dwangbevel de executoriale titel een praktische is, namelijk 'de massaliteit van de belastingheffing: jaarlijks worden door de rijksbelastingdienst circa anderhalf miljoen dwangbevelen uitgevaardigd.'⁷²³ In de memorie van toelichting bij invoering van art. 21 Inv. worden ook diverse redenen genoemd voor met name het voorrecht van de fiscus, waaronder:

'Den last, die door allen getorscht, des te lichter gedragen wordt, moeten niet enkelen kwalijkgezinden straffeloos kunnen afwerpen.'⁷²⁴

Aan het sterke uitwinningsrecht van de fiscus liggen derhalve andere redenen en rechtvaardigingen ten grondslag dan aan het recht van parate executie. Een zekere overeenstemming kan worden gevonden in het *algemeen belang*. De invordering van belastingen dient het algemeen belang, het toekennen van sterke uitwinningsrechten aan de hypotheekhouder evenzeer. Zo werd onder 6.2.1, met verwijzing naar onderdeel 5.3.2, duidelijk dat de financiering van woonruimte in Nederland sterk afhankelijk is van de bereidheid van kredietverstrekkers hun geld uit te lenen. Het hypotheekrecht biedt de kredietverstrekker de nodige zekerheid dat hij zijn uitgeleende geld terugziet, waardoor de financieringsbereidheid toeneemt. Hiermee wordt het algemene belang van eigenwoningbezit, een speerpunt van de Nederlandse overheid, gediend.

6.2.4 *Vergelijking met de rechten van de beslaglegger bij verhaal*

Naast het recht van parate executie heeft de hypotheekhouder ook op andere punten sterkere rechten dan een beslaglegger bij het verhaal van zijn vordering. In dit onderdeel worden deze verschillen en de redenen daarvoor uiteengezet.

6.2.4.1 Het huurbeding, beheerbeding en beding van onder zich nemen

Een eerste verschil is dat de hypotheekhouder in de hypotheekakte een aantal bedingen kan opnemen dat zijn recht gedurende de looptijd van het recht en bij verhaal van zijn vordering versterkt. Deze bedingen zijn in de wet vastgelegd en worden standaard in de hypotheekakte vastgelegd.⁷²⁵

Het betreft allereerst het onder 6.6 nader te bespreken huurbeding (art. 3:264 BW). In de hypotheekakte kan de hypotheekhouder vastleggen dat het

⁷²² Feteris 2007, p. 187.

⁷²³ Feteris 2007, p. 189, waarbij hij verwijst naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29 035, nr. 6, p. 9.

⁷²⁴ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 62.

⁷²⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 360, 376-377.

verbonden goed zonder diens toestemming niet mag worden verhuurd. Dit beding kan zowel tegen de hypotheekgever, als tegen opvolgende verkrijgers van het verbonden goed én de huurder worden ingeroepen (art. 3:264 lid 1 BW).⁷²⁶ Ten aanzien van het inroepen geldt, dat hiervoor in beginsel pas plaats is als de hypotheekhouder de executoriale verkoop van het onderpand heeft opgestart. Voorts werkt het beding alleen tegen de huurder wiens recht ná de vestiging van het hypotheekrecht tot stand is gekomen, zo kan uit art. 3:264 lid 1 en 4 worden afgeleid.⁷²⁷

De grondslag voor deze bevoegdheid kan gevonden worden in de publicatie van de hypotheekakte in de openbare registers. Door die inschrijving had de huurder kennis kunnen nemen van de beperking van de eigenaar/hypotheekgever van de woning tot verhuur.⁷²⁸ Hierdoor zal de huurder in beginsel geen bescherming toekomen, indien zonder toestemming van de hypotheekhouder toch tot verhuur is overgegaan. Vanaf het moment dat de hypotheekakte, waarin het aangaan van de lening tegen hypothecaire zekerheid bij notariële akte is vastgelegd, is ingeschreven in de openbare registers is de hypotheekhouder derhalve beschermd in beginsel tegen verhuur. Omgekeerd geldt dat hypotheekhouder op het moment van het verstrekken van de financiering geen rekening heeft gehouden met een eventueel waardedrukkend effect van de huur. Het is dan redelijk hem bescherming te bieden tegen latere verhuur.⁷²⁹

Aan de bescherming van de hypotheekhouder ligt ook het belang van hypothecaire financiering voor de aankoop van een woning ten grondslag, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis:

‘Er moet inderdaad een politieke afweging gemaakt worden, waarbij wij niet zozeer het economisch belang van de geldgever moeten wegen, maar het economisch belang of er nog geld gegeven wordt. Naar mate de positie van de huurder te veel beschermd wordt,

⁷²⁶ Kortheidshalve worden hier de pachter en degene aan wie de huur- of pachtpenningen zijn verpand buiten beschouwing gelaten.

⁷²⁷ Zie echter onderdeel 6.6.2.6, onderdeel 1 over de arresten Hoge Raad 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn (Gay Association c.s./Engelen c.s.) en Hoge Raad 15 november 1996, *NJ* 1997, 508 m.nt. W.M. Kleijn (Metterwoon/Van Ommen).

⁷²⁸ Deze grondslag is overigens nooit met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht in de parlementaire geschiedenis, maar lijkt de verklaring voor de derdenwerking van het huurbeding. Zie echter onderdeel 6.6.2.2, waar de ‘fictie van kennisneming’ wordt besproken; er zullen weinig huurders zijn die daadwerkelijk de openbare registers raadplegen. De mogelijkheid van kennisneming lijkt echter de reden voor de risicotoedeling in art. 3:264 BW.

⁷²⁹ Vgl. Hoge Raad 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn (Gay Association c.s./Engelen c.s.) en Hoge Raad 15 november 1996, *NJ* 1997, 508 m.nt. W.M. Kleijn (Metterwoon/Van Ommen).

wordt het risico gelopen dat niemand daar nog geld in wil steken. Dat zal dus moeten worden afgewogen.⁷³⁰

Ook de beslaglegger geniet een zekere bescherming tegen huur, nadat het proces-verbaal van inbeslagneming is ingeschreven in de openbare registers (art. 505 Rv). De schuldeisers zonder zekerheidsrecht genieten derhalve bescherming vanaf het moment dat zijn rechten voor een ieder kenbaar zijn uit de openbare registers, de bevoegdheid toe huurovereenkomsten te negeren. In art. 505 lid 2 Rv wordt bovendien een uitzondering gemaakt voor de huur van *woonruimte*. Deze huur zal de beslaglegger in beginsel moeten dulden, tenzij de executoriale verkoop door de beslaglegger was aangekondigd vóór het aangaan van de huur of de huurder weet had van de benadeling van de beslaglegger als gevolg van de huur (art. 516 Rv). Hoewel ook de huurder van woonruimte een zekere bescherming geniet tegenover de hypotheekhouder met een ouder recht (vgl. art. 3:264 lid 5 BW), is de bescherming van de huurder in de relatie huurder-beslaglegger groter dan in de relatie huurder-hypotheekhouder. Op grond van art. 3:264 BW kan de hypotheekhouder of koper zijn rechter in beginsel immers (na rechterlijk verlot en inroepen van het huurbeding) inroepen tegen de huurder, terwijl de beslaglegger dit op grond van art. 505 Rv in beginsel niet kan. De wetgever heeft het recht van de huurder, vanwege ‘de bijzondere aard’ van diens recht, van groter belang geacht dan het belang van de beslaglegger bij een hogere opbrengst.⁷³¹

Het is in dit licht nog opvallend dat de hypotheekhouder, teneinde de huurder van niet-woonruimte tot ontruiming te kunnen dwingen, echter wel meer moeite moet doen dan de beslaglegger.⁷³² De hypotheekhouder moet bij executoriale verkoop uitdrukkelijk een beroep doen op het huurbeding, terwijl het enkele ingeschreven-zijn van het proces-verbaal van beslaglegging voor de beslaglegger voldoende is om de huur bij executoriale verkoop te kunnen negeren.

Van Mierlo wijst nog op het schadevergoedingsrecht van de huurder ex art. 3:264 lid 7 BW bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder, dat de huurder bij executoriale verkoop door de beslaglegger ontbeert, en de voorrang die aan het schadevergoedingsrecht is toegekend bij de verdeling van de executieopbrengst.⁷³³ Weliswaar kan de huurder na vernietiging van zijn recht bij executoriale verkoop door de beslaglegger ook zijn verhuurder (de

⁷³⁰ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1358 (VC). Zie ook Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1355 (MvT).

⁷³¹ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 231 (MvA).

⁷³² Zie onderdeel 6.6.2.2.

⁷³³ Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 Rv, aant. 4.

geëxecuteerde) aanspreken, maar hij ontbeert een recht om (met voorrang) aanspraak te kunnen maken op een gedeelte van de executieopbrengst. Van Mierlo stelt dat hier sprake is van een ‘onvolledige voorziening’.⁷³⁴ Het valt inderdaad niet in te zien waarom de huurder van wie het recht door de executoriale verkoop door de beslaglegger vernietigd wordt, niet ook een schadevergoedingsrecht heeft. Een dergelijk schadevergoedingsrecht heeft een beperkt gerechtigde van wie het recht vervalt bij executoriale verkoop door een hypotheekhouder *of* beslaglegger ook (art. 3:282 BW). Nu het schadevergoedingsrecht van de huurder met het schadevergoedingsrecht van de beperkt gerechtigde kan worden vergeleken (zie onderdeel 6.6.2.5), verdient aanbeveling het schadevergoedingsrecht ook bij executoriale verkoop door de beslaglegger toe te kennen. De vordering van de huurder heeft dan rang onmiddellijk na de vorderingen van de belanghebbenden tegen wie hij zijn huurrecht niet kan inroepen.

Ook de andere bedingen die in afdeling 3.9.4 BW zijn opgenomen, geven de hypotheekhouder meer bevoegdheden dan de beslaglegger in geval het tot uitwinning van het verbonden goed komt. Art. 3:267 BW geeft de hypotheekhouder de mogelijkheid een tweetal bedingen op te nemen in de hypotheekakte: het beheerbeding en het beding van onder zich nemen. De bevoegdheden die de hypotheekhouder op grond van deze bedingen heeft, zijn verstrekkend. Dit zal in onderdeel 6.7 worden uitgewerkt.

De grondslag voor het toekennen van deze bevoegdheden aan de hypotheekhouder is naar mijn mening in de eerste plaats gelegen in de vrijwilligheid. Door ondertekening van de hypotheekakte is de hypotheekgever akkoord gegaan met de mogelijkheid dat de hypotheekhouder in de in de wet omschreven gevallen gebruik kan maken van het beheerbeding en het beding van onder zich nemen. Doordat de bedingen zijn opgenomen in de notariële akte en de notaris de hypotheekgever over de gevolgen daarvan heeft voorgelicht, heeft de hypotheekgever zich geconformeerd aan de uitoefening van deze bedingen als de bevoegdheid daartoe op grond van de wet en hypotheekakte ontstaat. Daarnaast zal het publiciteitsbeginsel een rol spelen. Doordat de bedingen in een in de openbare registers ingeschreven akte staan, kan een ieder kennis nemen van de bevoegdheden van de hypotheekhouder. Dit maakt het gerechtvaardigd dat de hypotheekhouder de bedingen tegen een ieder die zich in het goed bevindt kan inroepen, zoals in onderdeel 6.7.3.1 verder zal worden uitgewerkt.

⁷³⁴ Van Mierlo (*GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 Rv, aant. 4) verklaart dit verschil met de ‘noodoplossing die de wetgever voorlopig (?) voor het hypothecaire huurbeding heeft gekozen’. Dit rechtvaardigt, zoals hij opmerkt, echter niet het verschil in behandeling.

Ook speelt het belang van hypothecaire financiering een rol. Omwille daarvan is van belang dat de hypotheekhouder zo veel mogelijk zekerheid heeft dat hij bij een eventuele executoriale verkoop zijn vordering voldaan zal zien. Gedurende de looptijd van de hypothecaire lening zal de hypotheekhouder veelal weinig behoefte hebben aan gebruikmaking van de bedingen van art. 3:267 BW. Schiet de hypotheekgever echter tekort in zijn verplichtingen (bijvoorbeeld door waarde verminderde activiteiten met betrekking tot het goed te verrichten, of door zijn betalingsverplichtingen niet meer na te komen), dan kan het in beheer nemen en onder zich nemen voor de hypotheekhouder van groot belang zijn om het verhaal van zijn vordering veilig te stellen.

6.2.4.2 Onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 BW)

De beslaglegger mist vooralsnog de mogelijkheid het goed waarop hij beslag heeft gelegd door middel van onderhandse executoriale verkoop te verkopen. De hypotheekhouder heeft deze bevoegdheid wel (art. 3:268 lid 2 BW). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de reden hiervoor niet is gelegen in een van de in onderdeel 6.2.1 en 6.2.2 besproken grondslagen. Bij de bespreking van het ontwerp voor het Burgerlijk Wetboek merkt de regeringscommissaris namelijk op:

‘In het hypotheekrecht is de mogelijkheid geopend onderhands te executeren. Lang is geaarzeld of de voorgestelde regeling niet veralgemeend zou moeten worden. Vooralsnog is daarvan afgezien. Besloten is de resultaten af te wachten van de onderhandse executie bij hypotheek. Zijn deze gunstig dan kan alsnog overwogen worden ook bij beslag (op onroerende zaken) onderhandse executie toe te staan.’⁷³⁵

Het is thans niet goed in te zien waarom de beslaglegger de mogelijkheid van onderhandse executoriale verkoop zou moeten worden onthouden. Het gaat in dit geval ook niet om een sterkere bevoegdheid van de hypotheekhouder; de onderhandse verkoop is een *alternatieve* wijze van verhaal waarmee een hogere netto-opbrengst behaald zou kunnen worden.⁷³⁶ Omdat de executoriale verkoopprocedures voor de beslaglegger en voor de hypotheekhouder vanwege art. 546 Rv grotendeels gelijk verlopen, is de onderhandse executoriale verkoop goed in te passen in de procedure voor de beslaglegger.

⁷³⁵ *Kamerstukken I* 1985/86, 16 593, nr. 106a, p. 7 (verslag van een mondeling overleg). Hierover ook: Asser/Vranken 1995 (**), nr. 152, die een wetswijziging, gelet op deze toelichting, niet nodig acht. Nu het hier om een executoriale verkoopprocedure gaat en de formaliteiten die gelden in beginsel strikt moeten worden nageleefd (zie onderdeel 5.4) acht ik een wetswijziging wel de aangewezen weg om de bevoegdheid tot executoriale verkoop door de beslaglegger te regelen. Zie echter onderdeel 5.4.2.3 over de mogelijkheid tot een andere wijze van executoriale verkoop.

⁷³⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

In het wetsvoorstel Executieveilingen zou deze mogelijkheid kunnen worden toegevoegd. Momenteel is dat nog niet het geval, omdat in art. 3:268 lid 2 nieuw-Rv alleen de mogelijkheid van het indienen van een verzoekschrift door de beslaglegger wordt toegevoegd. Deze toevoeging betekent dat de beslaglegger de mogelijkheid krijgt om bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop in te dienen. Er wordt derhalve geen onderhandse executoriale verkoop bij een executoriale verkoop door de beslaglegger mogelijk gemaakt. Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit een bewuste keuze is geweest:

‘Voor de onderhandse verkoop geldt dat op grond van huidig recht alleen de schuldenaar en de hypothecaire financier zich met een verzoek tot onderhandse verkoop tot de voorzieningenrechter kunnen wenden. Deze mogelijkheid komt thans niet aan de executoriale beslaglegger toe. Hypotheekhouders gaan tot onderhandse verkoop niet vaak over vanwege de extra kosten die gemaakt moeten worden voor het opnieuw adverteren en het tijdverlies als een onderhandse executoriale verkoop toch niet tot stand komt. Gevreesd wordt dat, als er meer gegadigden zijn die een bod uitbrengen, de voorzieningenrechter toch zal doorverwijzen naar de veiling. Wel zien de banken als voordeel dat zij op deze wijze een indicatie krijgen wat het pand mogelijk op de veiling zal opbrengen.

Voorgesteld wordt artikel 3:268 lid 2 BW zo te wijzigen dat ook de executoriale beslaglegger een verzoek kan indienen bij de voorzieningenrechter tot onderhandse verkoop. In de praktijk blijkt de onderhandse verkoop vaak een hogere verkoopprijs op te leveren dan de openbare verkoop. De hypotheekhouder en de hypotheekgever hebben er beiden belang bij dat de verkoopopbrengst van het huis zo hoog mogelijk is. Niet alleen zij zijn gediend bij een hogere opbrengst, maar juist ook de executerende beslaglegger heeft belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst.⁷³⁷

Ten aanzien van deze wijziging maak ik de volgende kanttekeningen. Ten eerste, gezien de ‘gunstige resultaten’ van de onderhandse executoriale verkoop zou het zijn te overwegen deze vorm van verkoop ook bij het verhaal door de beslaglegger mogelijk te maken, zoals tijdens de parlementaire behandeling van het huidige Burgerlijk Wetboek is toegezegd. Ten tweede, op grond van art. 547 lid 3 Rv dienen de biedingen die tijdens de onderhandse biedfase zijn binnengekomen bij de notaris momenteel alleen te worden doorgestuurd aan de hypotheekhouder en hypotheekgever. Indien de indiening van een verzoek door de beslaglegger zal worden ingevoerd, verdient het aanbeveling aan deze bepaling toe te voegen, dat de biedingen ook aan de beslaglegger worden toegestuurd.

Bij de mogelijkheid van het indienen van een verzoek door de beslaglegger zet ik voorts de volgende vraagtekens. De executoriale verkoopprocedure wordt door de hypotheekhouder ingezet (of overgenomen, art. 509 Rv). De taakverde-

⁷³⁷ MvT, p. 19-20.

ling in de executoriale verkoopprocedure is vervolgens helder. De hypotheekhouder heeft de regie over de verkoop en neemt bijvoorbeeld de beslissing al of niet tot onderhandse executoriale verkoop over te gaan. De betrokkenen hebben de mogelijkheid deze beslissingen aan te vechten bij de voorzieningenrechter (art. 546 jo. 518 Rv). Daarnaast hebben de belanghebbenden, dat zijn de betrokkenen die in beginsel meedelen bij de verdeling van de executieopbrengst, onder omstandigheden de mogelijkheid om bij onderhandse executoriale verkoop een gunstiger aanbod voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Deze waarborgen bieden de betrokkenen naar mijn mening voldoende bescherming dat de hypotheekhouder gebruik maakt van de procedure die tot de hoogste opbrengst leidt. Om deze reden lijkt het mij van weinig toegevoegde waarde dat de beslaglegger de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop krijgt. Dit geldt overigens ook voor de thans bestaande mogelijkheid van het indienen van een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop door de hypotheekgever. De vragen die deze mogelijkheid oproept – wie moet in de koopovereenkomst worden aangemerkt als verkoper; op basis van welke voorwaarden brengt de bieder een bod uit en komt de koopovereenkomst tot stand –, zullen bovendien evenzeer opkomen bij de mogelijkheid van het indienen van een verzoek door de beslaglegger. Het is mijns inziens dan ook gewenst de mogelijkheid van het indienen van een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop door de hypotheekgever uit de wet te schrappen en de mogelijkheid van het indienen van dit verzoek door de beslaglegger niet in te voeren.

Bovendien is nog de vraag waarom de beslaglegger in het wetsvoorstel *wel*, maar de andere in art. 3:268 lid 2 BW vermelde belanghebbenden (de andere hypotheekhouders en beperkt gerechtigden) *niet* de mogelijkheid krijgen een verzoek in te dienen. Voor hen geldt evenzeer dat zij belang hebben bij een hogere opbrengst. In art. 3:268 lid 2 BW worden, wat betreft het voorleggen van een gunstiger aanbod, ook de overige hypotheekhouders en de beperkt gerechtigden genoemd. In de memorie van toelichting is echter niet ingegaan op de reden van het niet toekennen van de mogelijkheid een verzoek in te dienen door deze belanghebbenden.

6.2.4.3 Het recht van lossing (art. 3:269 BW)

Op grond van art. 3:269 BW heeft de hypotheekgever (of een derde) de mogelijkheid om overdracht van zijn goed als gevolg van de executoriale verkoop te voorkomen, door betaling van ‘hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie’. Deze mogelijkheid bestaat tot het tijdstip van de toewijzing ter veiling (de gunning) of, bij onderhandse executoriale verkoop, het tijdstip van goedkeuring van de

onderhandse koopovereenkomst door de voorzieningenrechter. Bij executoriale verkoop door de beslaglegger ontbreekt een zodanige bevoegdheid van de schuldenaar, zo is ook uitgemaakt door de Hoge Raad in het in onderdeel 5.3.2.1 reeds vermelde arrest Willems/Poort c.s.⁷³⁸ Daarom wordt voor de inhoud van de uitspraak kortheidshalve naar dat onderdeel verwezen.

Voor dit onderdeel is interessant *waarom* bij de executoriale verkoop door de hypotheekhouder wel, maar bij executoriale verkoop door de beslaglegger geen recht van lossing bestaat. In onderdeel 5.3.2.2 is betoogd dat de schuldenaar bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder een lossingsrecht heeft, omdat de hypotheekhouder slechts beschikt over een *verhaalsrecht*: voor de uitoefening van dit recht is geen plaats, indien de hypotheekgever de vordering waarvoor de hypotheekhouder tot verhaal wil overgaan, voldoet. Daarmee staat echter nog niet vast waarom de schuldenaar dit recht bij executoriale verkoop door de beslaglegger ontbeert. De overwegingen van de Hoge Raad overtuigen in dit opzicht niet volledig, omdat zij in beginsel ook opgaan voor executoriale verkoop door de beslaglegger.⁷³⁹ Zo bezien is het niet duidelijk waarom bij executoriale verkoop door een schuldeiser met een recht dat feitelijk gerangschikt is *boven* het hypotheekrecht de schuldenaar geen lossingsrecht zou hebben.⁷⁴⁰ Ook Bartels en Tweehuysen stellen deze vraag, waar zij zich afvragen of niet gelost kan worden indien er een schuldeiser is met een hogere rang dan het hypotheekrecht van de hypotheekhouder.⁷⁴¹

Als men het lossingsrecht beschouwt vanuit het verhaalsrecht (dat is: een recht dat alleen mag worden aangewend indien voldoening achterwege blijft), valt niet in te zien waarom niet ook bij executoriale verkoop door de beslaglegger een lossingsrecht geldt. Ook indien de beslaglegger tot verhaal overgaat, is het immers niet gerechtvaardigd dat hij hiermee doorgaat, terwijl zijn vordering op andere wijze door de schuldenaar (of een derde) voldaan kan worden en daarmee executoriale verkoop kan worden afgewend. Het argument dat Meijers aanvoerde bij het lossingsrecht dat nu in art. 3:269 BW is neergelegd, geldt dan immers evenzeer:

‘De schuldeiser, die toch niet meer dan het aangeboden bedrag uit het goed kan verkrijgen, mag niet een voor de eigenaar nadelige verkoop doorzetten, alleen omdat hem misschien niet alles wat hij daarenboven nog van de schuldenaar te vorderen heeft, aangeboden wordt.’⁷⁴²

⁷³⁸ Hoge Raad 19 februari 2010, *NJ* 2012, 126 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Willems/Poort c.s.).

⁷³⁹ Zie ook Bartels & Tweehuysen 2010-I; I. Spinath, annotatie onder het arrest in *JOR* 2010, 116 (Willems/Poort c.s.).

⁷⁴⁰ Vgl. A. Steneker, annotatie onder het arrest in *JBPR* 2010, 29 (Willems/Poort c.s.).

⁷⁴¹ Bartels & Tweehuysen 2010-I.

⁷⁴² Parl. Gesch. Boek 3, p. 828 (TM).

Het is echter de vraag of deze redeneringen voldoende rechtvaardiging vormen voor het toekennen van een lossingsrecht bij executoriale verkoop door de beslaglegger. Het voert, gezien de focus van dit onderzoek, te ver uitgebreid in te gaan op deze vraag. Wel wijs ik op een aantal argumenten *tegen* het toekennen van een lossingsrecht, die door Bartels en Tweehuysen worden afgeleid uit de uitspraak van de Hoge Raad. Dit lijken mij goede argumenten tegen het analoog toepassen van art. 3:269 BW bij executoriale verkoop door de beslaglegger:

‘Gezien het oordeel in dit arrest en het noemen van de voorrang als een cruciaal onderscheid tussen de hypotheekhouder en de beslaglegger, lijkt het uiteindelijke argument te zijn dat de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers bewaakt moet worden. Een beslaglegger mag geen feitelijke preferentie krijgen, ook niet indien de andere beslagleggers of hypotheekhouders daar niet (direct) slechter van worden. Mogelijk is de gedachte van de Hoge Raad: elk voordeel heeft zijn nadeel – en wordt er vooruit gelopen op een mogelijk faillissement, waarin feitelijke preferentie van de één vaak automatische leidt tot een nadeel voor de ander.

Mogelijk speelt ook een rol dat de overige beslagleggers en hypotheekhouders weliswaar niet benadeeld worden, in die zin dat door de feitelijke preferentie van de oorspronkelijke executant er minder voor hen over zou blijven, maar zij wel in een andere zin nadeel ondervinden van een dergelijke gang van zaken: één van hen zal de executie voortzetten en er zal een nieuwe executoriale verkoop plaats moeten vinden. Dit alles kost tijd, terwijl de oorspronkelijke executant daarentegen een groot voordeel geniet van zijn positie als oudste beslaglegger. Enkel om die reden heeft hij immers de mogelijkheid tot het initiëren van de executie (art. 513 Rv), alleen om die reden kon hij dreigen met executie en alleen daarom heeft hij het gehele bedrag van zijn schuldenaar kunnen verkrijgen, terwijl de anderen die mogelijkheid niet hadden.’⁷⁴³

6.2.4.4 Overnemingsrecht hypotheekhouder (art. 509 Rv)

Dat de hypotheekhouder sterkere bevoegdheden heeft dan de beslaglegger blijkt ook uit art. 509 Rv. Als de beslaglegger overgaat tot executoriale verkoop, moet hij het beslag op grond van art. 508 Rv betekenen aan de hypotheekhouder, uiterlijk vier dagen na de inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming in de openbare registers. Art. 509 Rv geeft de hypotheekhouder een overnemingsrecht, waar hij binnen veertien dagen na de betekening van het beslag gebruik van kan maken. Daarvoor is wel vereist dat de hypotheekgever ook ten opzichte van de hypotheekhouder in verzuim is. Dat zal echter veelal het geval zijn, omdat in de hypotheekakte beslaglegging doorgaans als opeisingsgrond is opgenomen.⁷⁴⁴ Neemt de hypotheekhouder niet over dan kan de beslaglegger de executoriale verkoop vervolgen, zo blijkt uit art. 509 lid 3 Rv.

⁷⁴³ Bartels & Tweehuysen 2010-I. Vgl. I. Spinath, annotatie onder het arrest in *JOR* 2010, 116 (Willems/Poort c.s.).

⁷⁴⁴ Zie onderdeel 5.3.1.1.

Het overnemingsrecht van de hypotheekhouder komt voort uit het voorrangrecht van de hypotheekhouder. Als gevolg hiervan gaat de hypotheekhouder in beginsel (behoudens de wettelijk bepaalde uitzonderingen) vóór op de beslaglegger (art. 3:278 BW).⁷⁴⁵ Bij de verdeling van de executieopbrengst staat de hypotheekhouder derhalve in beginsel vooraan in de rij van schuldeisers. Om deze reden heeft de hypotheekhouder bij uitwinning door lagere schuldeisers de mogelijkheid de regie over te nemen en zelf de executoriale verkoop ter hand te nemen. Het is de hypotheekhouder aan te bevelen gebruik te maken van zijn recht tot overneming, vanwege de in dit onderdeel besproken bevoegdheden die hij wel en de beslaglegger niet kan uitoefenen.⁷⁴⁶

6.2.4.5 Separatistpositie bij faillissement

Op grond van art. 57 Fw kan de hypotheekhouder in beginsel een faillissement van de hypotheekgever negeren vanwege zijn separatistpositie. Voor de beslaglegger ligt dit anders. Als gevolg van art. 33 lid 2 Fw komt zijn recht door de faillietverklaring van de schuldenaar te vervallen. Heeft de beslaglegger reeds een aanvang gemaakt met de executoriale verkoop dan eindigt de executoriale verkoopprocedure als gevolg van het faillissement (art. 33 Fw).

Tot welke gevolgen het onderscheid tussen beslaglegger en hypotheekhouder leidt, wordt duidelijk uit het Ontvanger/Brink q.q.-arrest.⁷⁴⁷ De casus is als volgt. Op 26 oktober 2005 worden ten overstaan van de notaris de twee motorjachten *Pandora* en *Brandy* executoriaal verkocht. Deze motorjachten zijn registergoederen en worden geveild in opdracht van de ontvanger van de Belastingdienst. Veilingkoper is Brand, aan wie de twee jachten diezelfde dag nog worden gegund. Dan slaat voor de geëxecuteerde het noodlot toe; op 27 oktober 2005 wordt hij in staat van faillissement verklaard. Het faillissementsvonnis wordt op 15 november 2005 ingeschreven in het scheepsregister te Groningen. Ondertussen gaat de afwikkeling van de executoriale verkoop door. Op 30 november betaalt Brand beide jachten. Inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing en de notariële verklaring van betaling heeft plaats op 1 december.

Deze casus doet de vraag opkomen of het faillissement de overdracht aan de koper blokkeert, of dat de levering van de jachten nog met rechtsgevolg kon geschieden. Bij een reguliere verkoop en overdracht geven art. 23 en 35 Fw antwoord op deze vraag. Uit deze bepalingen volgt dat, wanneer om 0.00 uur op de dag van de faillietverklaring nog niet alle leveringshandelingen hebben plaatsgevonden, de overdracht niet meer met rechtsgevolg kan geschieden. Deze

⁷⁴⁵ Zie de preferentielijst van Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 Rv, aant. 9. Zie ook onderdeel 6.2.4.6.

⁷⁴⁶ Zie ook onderdeel 5.3.1.2 en 5.4.2.1, onder 1A.

⁷⁴⁷ Hoge Raad 25 januari 2008, *NJ* 2008, 66 (Ontvanger/Brink q.q.).

bepalingen zien echter op de levering door de failliet zelf, terwijl in het Ontvanger/Brink q.q.-arrest sprake is van een executoriale verkoop en overdracht door de beslaglegger. De art. 23 en 35 Fw blijven voor de beantwoording van de rechtsvraag dan ook buiten toepassing.⁷⁴⁸

Bij executoriale verkoop door de beslaglegger staat het antwoord in art. 33 Fw. In cassatie staat niet zozeer art. 33 Fw zelf ter discussie, maar met name de vraag op welk moment de *gerechtelijke tenuitvoerlegging* als bedoeld in art. 33 Fw is geëindigd en een faillissement van de geëxecuteerde de overdracht aan de koper derhalve niet meer kan verhinderen. De ontvanger, veilingkoper en notaris menen 'dat met de gunning aan de gerechtelijke tenuitvoerlegging (ook) in de zin van art. 33 Fw een einde komt, zodat de faillietverklaring van de geëxecuteerde ná de gunning niet in de weg staat aan een daaropvolgende eigendomsverkrijging van de schepen door de veilingkoper zodra deze de koopsom in handen van de notaris heeft voldaan (art. 570 jo. art. 525 Rv).'⁷⁴⁹ Zij zien zich hierin gesteund door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden.⁷⁵⁰ Deze opvatting leidt ertoe dat het later opgekomen faillissement geen invloed meer heeft op de eigendomsoverdracht aan de koper, nu geen sprake meer is van een gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar.

Het oordeel van de voorzieningenrechter houdt (terecht) geen stand in hoger beroep en cassatie. Zowel het hof als de Hoge Raad oordeelt dat de gerechtelijke tenuitvoerlegging niet eindigt met de gunning. De Hoge Raad motiveert dit oordeel als volgt:

'Onjuist is de opvatting van onderdeel 6 van het middel dat door de gunning de jachten het "uitwinbare vermogen" van de geëxecuteerde hebben verlaten. Art. 33 F. staat daaraan nu juist in de weg, doordat de executie door de gunning nog niet was voltooid – daarvoor was levering van de schepen aan de veilingkoper vereist – en dus op de dag van de faillietverklaring dadelijk een einde nam, met als gevolg dat geen verdere handelingen, gericht op de voortzetting en voltooiing van de tenuitvoerlegging, meer bevoegdelijk konden worden verricht.'⁷⁵¹

Hiermee hakt de Hoge Raad een knoop door in de discussie over het einde van de executoriale verkoop van registergoederen. Deze is eerst *na* de levering

⁷⁴⁸ Het Hof Leeuwarden neemt de art. 23 en 35 Fw, ten onrechte, nog wél mee in zijn oordeel, zie Hof Leeuwarden 26 april 2006, *NJF* 2006, 382. Vgl. Van Straaten 2007. Zie ook Wibier 2008; Van Velten 2008-II, p. 79-81; Kleijn 2008; A. Steneker, annotatie onder het arrest in *JOR* 2008, 84.

⁷⁴⁹ Cassatiemiddel, rechtsklacht 1.

⁷⁵⁰ Vزر. Rb. Leeuwarden 3 januari 2006, *V-N* 2006/16.20, waarover *Notamail* 2006/13.

⁷⁵¹ R.o. 3.3. In gelijke zin Hof Leeuwarden 26 april 2006, *NJF* 2006, 382, r.o. 12.

(overdracht) geëindigd, zodat een faillissement tussen de verkoop en levering een rechtsgeldige overdracht aan de veilingkoper belemmert.

Tevens maakt de Hoge Raad in dit arrest duidelijk hoe de levering bij een executoriale verkoop geschiedt: op dezelfde wijze als bij de reguliere verkoop en overdracht van registergoederen. Art. 3:84 en 3:89 BW vormen hierbij het uitgangspunt, waarbij de levering voor de executoriale verkoop verder wordt uitgewerkt in art. 570 lid 2 jo. 525 Rv. Deze vindt derhalve bij openbare executoriale verkoop plaats door inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing en de verklaring van de notaris dat de koopprijs in zijn handen is gestort. Pas wanneer aan de voorwaarden van art. 3:84 jo. 3:89 BW jo. 570 lid 2 jo. 525 Rv is voldaan gaat de het eigendomsrecht van de goederen op de koper over.⁷⁵²

Nu de inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing en de notariële verklaring van betaling *na* de faillietverklaring plaatsvond, kon het faillissement de eigendomsoverdracht aan de veilingkoper nog verhinderen. Gevolg voor de koper is dat hij geen eigenaar is geworden van de jachten.⁷⁵³ Hij is gehouden deze aan de faillissementsboedel af te geven. Wel kan hij de door hem betaalde koopsom terugvorderen.⁷⁵⁴ Zolang de koopsom nog op de kwaliteitsrekening van de notaris staat, lijkt de terugbetaling hiervan geen problemen op te leveren. Het beginsel dat het Hof te 's-Gravenhage in de uitspraak van 10 februari 2005 hanteert, kan hier uitkomst bieden:

‘[h]et hof gaat hierbij uit van het beginsel dat de koopsom door de veilingkoper vóór de levering bij de notaris wordt gedeponereerd, waardoor de koper een vordering ten belope van de gedeponeerde koopsom ten laste van de notaris verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat de met de levering beoogde overdracht zich verwezenlijkt en de verkoper een daarmee corresponderende vordering onder de opschortende voorwaarde dat zulks plaatsvindt.’⁷⁵⁵

Voor de koper is dit slechts een schrale troost, de jachten is hij immers kwijt. Al met al een weinig bevredigend resultaat: de jachten moeten opnieuw worden uitgewonnen, dit keer door de curator en ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit brengt hoge kosten mee en het is de vraag of bij deze

⁷⁵² Zie voor de levering bij onderhandse executoriale verkoop onderdeel 6.3.3.1.

⁷⁵³ Zie voor de vraag of de koper dit kan voorkomen door de koop in te schrijven in de openbare registers (Vormerkung): Visser 2009, p. 168-171 en de aldaar vermelde literatuur. Zie voorts Broekveldt 2010-I, p. 665-672, met reactie van mij, 2010, p. 964-968 en naschrift Broekveldt 2010-II, p. 969-970. De discussie spitst zich met name toe op de wenselijkheid van uitbreiding van de Vormerkungsbescherming tot een faillissement van de geëxecuteerde. Met mij zijn voor uitbreiding: Keirse e.a. 2009, p. 148; Van Velten 2010, p. 247; Heyman & Bartels 2012, p. 250-252. De minister van Veiligheid en Justitie acht deze uitbreiding niet noodzakelijk: *Kamerstukken II* 2011/12, 32 320, nr. 2 (brief van de minister van Veiligheid en Justitie), p. 6.

⁷⁵⁴ Zie Kleijn 2008.

⁷⁵⁵ Hof 's-Gravenhage 10 februari 2005, *NJF* 2005, 161 (Slootweg/Hettinga & Sebök Notarissen). Zie hierover de discussie tussen Broekveldt 2011-I, p. 101-103 en Kraan, 2011, p. 953-957 (met naschrift Broekveldt 2011-II, p. 957-960).

uitwinning dezelfde opbrengst wordt gehaald.⁷⁵⁶ Overigens heeft de curator ook de mogelijkheid om de verkoop met machtiging van de rechter-commissaris voor rekening van de boedel te laten voortgaan, zie art. 34 Fw.

De kaarten worden anders geschud wanneer het niet de beslaglegger is die verkoopt en levert, maar de hypotheekhouder. De hypotheekhouder hoeft zich immers van een faillissement van de geëxecuteerde in beginsel niets aan te trekken, zo volgt uit art. 57 Fw. Kist betoogt dat dit ook geldt indien de geëxecuteerde in staat van faillissement wordt verklaard na de gunning maar vóór de levering aan de koper.⁷⁵⁷ De eigendomsoverdracht aan de veilingkoper had bij executoriale verkoop door de hypothecaire schuldeiser dan ook doorgang kunnen vinden, het faillissement van de geëxecuteerde had geen invloed meer op de overdracht aan de veilingkoper. Hieruit volgt dat de hypotheekhouder vanwege zijn separatistpositie een sterkere rechtspositie heeft in geval van faillissement. Voor de redenen daarvoor wordt verwezen naar het citaat van de staatssecretaris van Justitie in de inleiding van onderdeel 6.2.

6.2.4.6 Voorrang bij uitdeling executieopbrengst

Op grond van art. 3:278 BW heeft de hypotheekhouder een voorrangrecht. Dit voorrangrecht komt ook naar voren bij de verdeling van de executieopbrengst. Slechts de kosten van behoud (art. 3:284 BW) en de waterschapsbelasting (art. 138 lid 3 Waterschapswet) zijn boven het hypotheekrecht bevoorrecht,⁷⁵⁸ en is aan de vordering van de retentor een hoge voorrang verbonden: op grond van art. 3:292 BW kan de retentor zijn vordering met voorrang verhalen boven allen tegen wie hij het retentierecht op grond van art. 3:291 BW kan invoeren.⁷⁵⁹ Zie hierover nader onderdeel 6.5.4.2.

Uit art. 3:270 lid 3 BW blijkt dat eerste hypotheekhouder nog een ander sterk recht heeft bij de verdeling van de executieopbrengst.⁷⁶⁰ Zijn vordering kan namelijk versneld uit de executieopbrengst worden voldaan. De hypotheekhouder heeft hiervoor wel een aantekening van de voorzieningenrechter nodig. De voorzieningenrechter moet verklaren dat hem ‘summierlijk van de juistheid’ van de vordering van de eerste hypotheekhouder is gebleken. Bovendien kan de versnelde uitkering nog worden geblokkeerd door de notaris, indien hij ‘ernstige

⁷⁵⁶ Vgl. onderdeel 5.4.1.3.

⁷⁵⁷ Kist 1983, p. 115-116.

⁷⁵⁸ Zie voor een volledig overzicht de preferentielijst: Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 Rv, aant. 9. Daaruit blijkt dat ook de opheffingskosten in geval van faillissement ex art. 16 lid 2 Fw en de kosten van onderhoud van wegen ex art. 25 lid 3 Wegenwet bevoorrecht zijn boven hypotheek.

⁷⁵⁹ Van Hees 2011, p. 329.

⁷⁶⁰ Vgl. Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 Rv, aant. 2.

redenen' heeft om te vermoeden dat de verklaring van de eerste hypotheekhouder onjuist is.

Deze versnelde uitkering van art. 3:270 lid 3 BW zal voor de eerste hypotheekhouder een belangrijke reden zijn om de executoriale verkoop van de beslaglegger over te nemen ex art. 509 Rv. Art. 3:270 BW onderstreept dat de hypotheekhouder bij verhaal een sterker recht heeft dan de beslaglegger. De belangrijkste reden hiervoor lijkt in het belang van de kredietverstrekking te liggen. Door aan het recht van de hypotheekhouder een hoog voorrecht en een versnelde uitkeringsmogelijkheid te koppelen, krijgt de hypotheekhouder meer zekerheid bij het verhaal van zijn vordering. Dit zal de hypothecaire financiering bevorderen, hoewel moet worden opgemerkt dat dit recht 'slechts' aan de *eerste* hypotheekhouder toekomt. Meijers zegt hierover:

'In afwijking van hetgeen het ontwerp 1916 voorstelt, maar in overeenstemming met het ontwerp 1929 wordt voorgesteld, dat aan de eerste hypotheekhouder vóór iedere rangregeling wordt uitbetaald, wat hem is verschuldigd. Dit is een dringende behoefte van de praktijk. Het ontwerp 1916 heeft gemeend daaraan niet te mogen tegemoetkomen, omdat het gevaar bestaat, dat de vordering van de eerste hypotheekhouder zal blijken niet gegrond te zijn en de latere hypotheekhouders op het ogenblik dat dit blijkt, volgens het nieuwe stelsel reeds hun recht van hypotheek hebben verloren.

Het ontwerp heeft gemeend op andere wijze dan door de uitbetaling aan de eerste hypotheekhouder uit te stellen, aan latere hypotheekhouders waarborgen te moeten stellen.⁷⁶¹

Door dit recht alleen aan de eerste hypotheekhouder toe te kennen wordt recht gedaan aan diens behoefte aan snelle uitbetaling, terwijl de overige schuldeisers door de wettelijke waarborgen voldoende bescherming genieten tegen onterechte uitbetaling aan hem. Als dit recht ook aan andere hypotheekhouders zal worden toegekend, zal de snelheid van uitbetaling naar verwachting in gevaar komen. Hoewel de voorzieningenrechter slechts summierlijk hoeft te toetsen zal dit bij de opgaves van meerdere hypotheekhouders toch enige tijd vergen. Naar mijn mening heeft de wetgever met art. 3:270 lid 3 BW de juiste balans gevonden tussen het belang van de eerste hypotheekhouder en de overige belanghebbenden.

6.3 Verkoop en overdracht door de hypotheekhouder: mandaatleer versus executieleer

In onderdeel 2.4.1 is uitgewerkt dat de eerste hypotheekhouder met art. 1223 lid 2 OBW de mogelijkheid kreeg het verhypotheekte goed zonder tussenkomst van de rechter te verkopen. Het beding van eigenmachtige verkoop dat hier aan de hypotheekhouder werd toegekend was echter reeds vanaf zijn invoering een bron voor discussie. Centraal in deze discussie stond de grondslag voor de

⁷⁶¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 830 (TM).

bevoegdheid tot verkoop en overdracht bij executoriale verkoop. In dit onderdeel wordt de ontwikkeling in deze discussie aan de hand van rechtspraak en literatuur geschetst, mede omdat dit waardevolle inzichten biedt voor het huidige recht. Om die reden wordt na de bespreking van de belangrijkste ontwikkelingen in de discussie onder 6.3.1, in onderdeel 6.3.2 ingegaan op de proefschriften van Van der Kwaak en Groefsema, die beiden rond de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot verkoop en overdracht analyseerden. Onder 6.3.3 wordt het belang van de discussie voor een aantal aspecten van de executoriale verkoopprocedure uitgewerkt.

6.3.1 Belangrijke ontwikkelingen in de discussie

Dat de discussie over de bevoegdheid tot verkoop door de zekerheidsnemer van het goed van een ander niet bij de invoering van art. 1223 lid 2 OBW begon, blijkt bij Lokin.⁷⁶² Oudere Romeinse juristen, zo stelt Lokin, verklaarden de bevoegdheid van de pandhouder tot eigendomsoverdracht met een beroep op lastgeving, terwijl latere juristen stelden dat de pand-/hypotheekhouder verkoopt krachtens eigen recht. Zo betoogde Ulpianus:

‘Het is niets nieuws dat iemand die de eigendom niet heeft toch aan een ander de eigendom verschaft, want ook de schuldeiser verschaft door het pand te verkopen de eigendom die hij zelf niet heeft gehad.’⁷⁶³

Bovendien is de discussie over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid van een ander dan de eigenaar in het algemeen evenmin nieuw, aldus Kleijn:

‘De Nederlandse rechtstheorie heeft altijd moeite gehad met een constructie dat een ander dan de eigenaar bevoegd zou zijn om een goed, zeker een onroerend goed, te vervreemden’.⁷⁶⁴

Wat de executoriale verkoop betreft draait de discussie om de vraag op welke grond de hypotheekhouder bevoegd is om het goed van een ander, de hypotheekgever, te verkopen en in eigendom over te dragen. Deze vraag leidt tot – grofweg – twee opvattingen die lijnrecht tegenover elkaar staan. De eerste is dat de hypotheekhouder verkoopt en levert krachtens volmacht van de hypotheekgever en wordt wel aangeduid als ‘mandaat(s)leer’, de tweede is dat

⁷⁶² Lokin 2008, p. 194. Vgl. echter Asser/Van Oven 1978, p. 198-199.

⁷⁶³ Digesten 41, 1, 46 Ulpianus *libro sexagesimo quinto ad edictum*: ‘Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.’ (Lokin 2008, p. 194.)

⁷⁶⁴ Kleijn 1981, p. 76. Kleijn vermeldt als ander voorbeeld (buiten de discussie bij het hypotheekrecht) de constructies ‘opgekomen om een eenvoudige geclausuleerde eigendomsvoorbehoud met een bevoegdheid van de houder (om binnen het bedrijf) te vervreemden en theoretisch te verklaren’, zie Kleijn 1981, p. 88 (aldaar voetnoot 6).

de hypotheekhouder verkoopt en levert krachtens eigen recht, de ‘executieleer’ genoemd. Met de invoering van art. 1223 lid 2 OBW laaide deze discussie weer op.

In de eerste arresten die de Hoge Raad na invoering van art. 1223 lid 2 OBW wees, moest de Hoge Raad oordelen over de vraag of in de notariële veilingakten ook de gegevens van de hypotheekgever vermeld moeten worden (art. 26 lid 2 WNA-oud) dan wel of de volmacht waaraan de hypotheekhouder zijn bevoegdheid ontleend moet worden aangehecht (art. 32 WNA-oud).⁷⁶⁵ De Hoge Raad moest hier een keuze maken tussen de mandaat- en de executieleer, nu op grond van de ene leer de gegevens wel dienen te worden vermeld en dient een volmacht te worden aangehecht, op grond van de andere leer niet.⁷⁶⁶ Hieruit blijkt overigens al hoezeer een standpunt in deze discussie van belang is voor de executoriale verkooppraktijk. De Hoge Raad sprak in deze arresten een voorkeur uit voor de mandaatleer:

‘dat de eerste hypothecaire schuldeischer, hoezeer, krachtens het uitdrukkelijk beding, voorkomende in art. 1223 B.W., met betrekking tot het regt van verkoop, als procurator in rem suam handelende, regtens echter geacht moet worden den debiteur bij dien verkoop te vertegenwoordigen, en alzoo geenszins het verbonden perceel, in eigen naam, als eigenaar, buiten medewerking van den schuldenaar, en zonder dezen te vertegenwoordigen, zoo als bij het beklaagde vonnis is aangenomen, en waarop het ontslag van geref. van alle rechtsvervolging berust, mag verkoopen.’⁷⁶⁷

Hoewel de Hoge Raad erkende dat sprake is van een bijzondere vorm van lastgeving, oordeelde de hoogste Nederlandse recht toch stevast geoordeeld dat de hypotheekhouder die verkoopt krachtens het beding van art. 1223 lid 2 OBW zijn recht ontleent aan de eigenaar.

In de literatuur kwam onder meer Diephuis tot een andere conclusie:

⁷⁶⁵ Hoge Raad 21 maart 1850, *W* 1112 (I); Hoge Raad 21 maart 1850, *W* 1112 (II); Hoge Raad 8 juni 1894, *W* 6510; Hoge Raad 6 maart 1914, *NJ* 1914, 611. Zie voor andere praktische vraagstukken: Kleijn, 1970, p. 229-233; De Bruijn 1964, p. 463-465, p. 475-477 en p. 487-491.

⁷⁶⁶ Vgl. echter De Bruijn 1964, p. 463 over de tussenoplossing van Eggens en de toepassing van art. 26 en 32 WNA.

⁷⁶⁷ Hoge Raad 21 maart 1850, *W* 1112 (I). Hierover De Bruijn 1964, p. 451. De Bruijn vermeldt hierbij tevens andere arresten waarin de Hoge Raad de mandaatleer toepast, maar geeft hierbij ook aan dat er ‘enkele arresten’ van de Hoge Raad bestaan ‘waarin òf de mandaattheorie niet aanvaard werd òf, hoewel ze misschien wel aanvaard werd, haar consequenties niet volledig getrokken werden.’ Zie De Bruijn 1964, p. 451-452, p. 463-465 en p. 487-489. In de laatst vermelde publicatie wordt gesproken over de ‘gelukkige inconsequenties’ in de rechtspraak van de Hoge Raad. Vgl. P. Scholten, annotatie onder Hoge Raad 10 mei 1929, *NJ* 1929, 1585 (De Waal/Millenaar c.s.).

‘De schuldeischer, die van de hem *gegeven* magt gebruik maakt, verkoopt het goed voor zich, en *op zijn eigen naam*, als daartoe gerechtigde hypothecaire schuldeischer, en niet voor en namens den eigenaar. Deze of diens voorganger *heeft hem die magt gegeven*, gelijk hij hem ook de hypotheek heeft verleend, maar nu moet de eigenaar dan ook eenvoudig gedoogen, dat het goed buiten hem om verkocht wordt; hij heeft hiertoe niet mede te werken, en kan het niet beletten. De schuldeischer handelt op zich zelf, en niet als vertegenwoordiger van den eigenaar; deze handelt dus niet door hem, en eene tegenovergestelde voorstelling, op zich zelf ongepast, is het ook daarom te meer, omdat de eigenaar in den regel den verkoop zou tegenhouden, zoo hem dat maar mogelijk was. De schuldeischer is de verkooper, niet de eigenaar; gene en niet deze staat als zoodanig tegenover den kooper.’⁷⁶⁸

Op basis hiervan stelde Diephuis dat de koper bij executoriale verkoop de koopsom aan de hypotheekhouder dient te voldoen, de levering (overdracht) moet geschieden door de hypotheekhouder en dat de koper rechtverkrijgende is van de hypotheekhouder.⁷⁶⁹

Dit laatste punt speelde in de rechtspraak bij de vraag of de koper een door de hypotheekgever in strijd met het huurbeding aangegane huurovereenkomst kan negeren na de executoriale verkoop.⁷⁷⁰ In het arrest Kaal/Hoefnagels c.s. kwam de Hoge Raad door toepassing van de mandaatleer tot een voor de executoriale verkooppraktijk ongewenste conclusie:

‘dat, waar de eigenaar het recht miste om de huurovereenkomst, die zij zelf had aangegaan, te laten nietig verklaren, dat recht ook niet van den hypotheekhouder op den kooper kon overgaan’.⁷⁷¹

Ook in het De Waal/Millenaar c.s.-arrest hield de Hoge Raad vast aan de mandaatleer, met wederom een ongewenst resultaat.⁷⁷² In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de hypotheekhouder bij verkoop ex art. 1223 lid 2 OBW handelt als lasthebber van de eigenaar en dat de hypotheekhouder dientengevolge geen bevoegdheid tot ontbinding van de koopovereenkomst in geval van wanprestatie van de koper toekomt.

De Hoge Raad lijkt echter in de loop van de twintigste eeuw, wellicht met de komst van het huidige Burgerlijk Wetboek in het vizier, om te gaan. Het arrest Kindt/Viruly kan worden gezien als een eerste kentering.⁷⁷³ In dit arrest draaide

⁷⁶⁸ Diephuis VII 1886, p. 489. Cursivering toegevoegd door mij. Zie voor andere schrijvers: Asser/Van Oven 1978, p. 201; De Bruijn 1964, p. 452.

⁷⁶⁹ Diephuis VII 1886, p. 489-494.

⁷⁷⁰ Zie ook onderdeel 6.6.1.

⁷⁷¹ Hoge Raad 30 mei 1924, *NJ* 1924, 839 (Kaal/Hoefnagels c.s.). Zie voor kritiek in de literatuur op dit arrest De Bruijn 1964, p. 477 en de aldaar vermelde schrijvers.

⁷⁷² Hoge Raad 10 mei 1929, *NJ* 1929, 1585 m.nt. P. Scholten (De Waal/Millenaar c.s.).

⁷⁷³ Hoge Raad 24 januari 1964, *NJ* 1964, 450 m.nt. J.H. Beekhuis (Kindt/Viruly). Vgl. Groefsema 1993, p. 78; Van der Kwaak 1990, p. 79; Pitlo/Brahn 1987, p. 530; →

het om de uitleg van art. 505 lid 4 Oud-Rv, welke bepaling inhield dat de vervreemding van in beslag genomen onroerende goederen is verboden aan de *partij tegen wie het beslag is gelegd*. De vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd was of onder deze vervreemding ook de overschrijving van een proces-verbaal van toewijzing was te verstaan. De Hoge Raad oordeelde, de zuivere mandaatleer enigszins verlatend, dat dit niet het geval is:

‘dat tot de akten van vervreemding door die partij niet kan worden gerekend het proces-verbaal van toewijzing, opgemaakt ter zake van de verkoping door den eersten hypothecairen schuldeiser krachtens het in voormeld art. 1223 bedoeld beding van het aan hem verbonden onroerend goed; dat immers de hypotheekhouder die uit kracht van dit beding verkoop op de wijze als bij art. 1255 is voorgeschreven, hoewel hij zijn bevoegdheid daartoe ontleent aan den eigenaar en hij dezen in zoverre vertegenwoordigt, niettemin tegen dien eigenaar een verhaalsrecht als schuldeiser uitoefent’.

Van der Kwaak sluit zich, zoals onder 6.3.2 verder zal worden besproken, aan bij de hier door de Hoge Raad toegepaste redenering, waarin enerzijds het aspect van vertegenwoordiging en anderzijds het eigen recht van de hypotheekhouder terugkomt.⁷⁷⁴ In zijn annotatie onder dit arrest stelt Beekhuis dat de Hoge Raad hier een ‘zeer belangrijke inbreuk’ op de mandaatleer maakt en dat ‘dus in het vervolg wel voorzichtig [zal] moeten zijn met het trekken van conclusies uit de mandaatsleer’.⁷⁷⁵

Een volgende stap in deze ontwikkeling vormde het Hoge Valksedijk-arrest.⁷⁷⁶ In dit arrest moest de Hoge Raad oordelen over de vraag, of de hypotheekgever in geval van herveiling het verschil in opbrengst kan vorderen van de

Stollenwerck 1977, p. 347; De Bruijn 1964, p. 489-491; Beekhuis, annotatie onder Hoge Raad 24 januari 1964, *NJ* 1964, 450 (Kindt/Viruly). Stein noemt dit arrest een ‘doorbraak in de rechtspraak, die tevoren in de ban was van de mandaatstheorie’ (P.A. Stein, annotatie onder Hoge Raad 25 januari 1977, *Ars Aequi* 1977/XXVI-5, p. 314).

⁷⁷⁴ Van der Kwaak 1990, p. 78. Zie ook Kleijn 1970, p. 232. Kritisch hierover Groefsema 1993, p. 84.

⁷⁷⁵ Beekhuis, annotatie onder Hoge Raad 24 januari 1964, *NJ* 1964, 450 (Kindt/Viruly). Zie ook: De Bruijn 1964, p. 489-491.

⁷⁷⁶ Hoge Raad 25 januari 1977, *NJ* 1977, 362 m.nt. W.M. Kleijn (Hoge Valksedijk). In gelijke zin: Groefsema 1993, p. 78. Van Velten stelt dat de Hoge Raad met deze uitspraak reeds heeft gekozen voor de executieleer: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 390. Vgl. Kleijn, annotatie onder Hoge Valksedijk: ‘Deze uitspraak is zeker geen argument pro de mandaatsleer, eerder er tegen, nu de HR aan een andere constructie de voorkeur geeft om het beoogde doel te bereiken en bovendien verklaart dat de vereenvoudigde wijze van executie van art. 1223, lid 2, niet wezenlijk verschilt van de gewone executie als geregeld in de artt. 537a e.v. Rv.’ Zie voorts: Pitlo/Brahn 1987, p. 531; P.A. Stein, annotatie onder Hoge Raad 25 januari 1977, *Ars Aequi* 1977/XXVI-5, p. 316; Stollenwerck 1977, p. 348-349.

wanpresterende eerste koper. Zoals Kleijn opmerkt, zou de Hoge Raad deze vraag met de mandaatleer eenvoudig op de gewenste manier kunnen beantwoorden.⁷⁷⁷ De Hoge Raad koos er echter voor om hier de bepalingen betreffende executoriale verkoop door de beslaglegger analoog toe te passen en voor de beantwoording dus geen expliciet beroep op de mandaatleer te doen:

‘dat art. 1223 lid 2 de eerste hypotheekhouder, die het daar bedoelde beding heeft gemaakt, de bevoegdheid geeft tot een vereenvoudigde wijze van executie, die niet wezenlijk verschilt van de gewone executie van onroerende goederen als geregeld in de artt. 537a e.v. Rv;

dat bij executie van onroerend goed de koper, die het goed op de veiling heeft gekocht maar in gebreke blijft de koopprijs te betalen, ingevolge art. 537c in verband met art. 532 van laatstgenoemd wetboek aansprakelijk is tot het beloop van het verschil tussen de door hem verschuldigde koopprijs en de prijs die bij de herveiling behaald wordt; dat dit verschil toekomt aan de schuldeisers en indien zij voldaan zijn aan de eigenaar;

dat evenzeer bij veiling door de hypotheekhouder – wanneer de veilingvoorwaarden luiden zoals in dit geding is vastgesteld – de koper die in gebreke blijft de koopprijs te voldoen, het verschil tussen die prijs en de opbrengst van de herveiling, eventueel verhoogd met boete, dient te betalen;

dat deze betaling kan worden gevorderd door de eerste hypotheekhouder, en indien deze volledig is voldaan door de eigenaar van het geveilde goed, behoudens mogelijke rechten van andere crediteuren, waarvan in dit geding echter niet is gebleken’.

Opvallend is dat de *hypotheekgever* hier, naar het oordeel van de Hoge Raad, ook een beroep toekwam op het in de veilingvoorwaarden opgenomen boetebeding.⁷⁷⁸ Voor het huidige recht ligt dit anders. Art. 22 lid 2 AVVE 2006 bepaalt de mogelijkheden die de *wederpartij*, de hypotheekhouder dus, heeft in geval van niet-nakoming door de koper. Een derdenbeding is hierin niet opgenomen, waardoor de hypotheekgever geen beroep toekomt op deze bepaling (vgl. art. 6:253 BW).⁷⁷⁹ Wel is het op grond van art. 546 jo. 529 Rv uiteindelijk de hypotheekgever aan wie, na voldoening van de hypotheekhouder en de andere belanghebbenden, een verschil tussen de eerste en de tweede verkoop betaald moet worden. Bovendien kan de hypotheekgever van de hypotheekhouder herveiling verlangen ex art. 546 jo. 527 Rv.

Het oordeel van de Hoge Raad was in het Hoge Valksedijk-arrest niet gebaseerd op de mandaatleer, maar op de algemene regels van het executierecht. Een expliciete keuze voor de executieleer maakte de Hoge Raad hier dan ook nog niet. Een voorzichtige kentering kan ook worden afgeleid uit het arrest Albers

⁷⁷⁷ Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 25 januari 1977, *NJ* 1977, 362 (Hoge Valksedijk).

⁷⁷⁸ Vgl. Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 25 januari 1977, *NJ* 1977, 362 (Hoge Valksedijk).

⁷⁷⁹ Vgl. echter Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 25 januari 1977, *NJ* 1977, 362 (Hoge Valksedijk), die stelt dat het opnemen van een derdenbeding niet nodig is.

c.s./Assmann c.s.⁷⁸⁰ In het arrest Kaal/Hoefnagels c.s. oordeelde de Hoge Raad nog dat de koper geen beroep toekomt op het huurbeding, ook niet indien de hypotheekhouder dit recht in de veilingvoorwaarden aan hem overlaat; in het arrest Albers c.s./Assmann c.s. oordeelde de Hoge Raad dat de koper wel de bevoegdheid heeft het huurbeding in te roepen, mits dit in de veilingvoorwaarden door de hypotheekhouder wordt bepaald:

‘dat de hypotheekhouder alsdan het niet verbindend zijn van een huurovereenkomst wegens strijd met het huurbeding kan inroepen door in de veilingvoorwaarden betreffende de executie of de in art. 1223, lid 2 in verband met art. 1255 bedoelde verkoop te vermelden dat bedoeld beroep wordt gedaan of dat vrij van huurovereenkomsten, gesloten na de vestiging van de hypotheek, zal worden geleverd, dan wel dat kopers het recht zullen hebben ontruiming te vorderen jegens huurders, die met de eigenaar zulke huurovereenkomsten hebben gesloten; dat de strekking van art. 1230 BW – zijnde te voorkomen dat als gevolg van het bestaan van de waarde van het onroerend goed drukkende huurovereenkomsten de opbrengst bij verkoop niet voldoende is om verhaal te bieden voor hetgeen de hypotheekhouder heeft te vorderen – medebrengt dat dan ook de koper, eigenaar geworden, jegens de huurder – indien de koper dit wenst – op het niet verbindend zijn van de met het huurbeding strijdige huurovereenkomsten een beroep kan doen en jegens die huurder ontruiming van het onroerend goed kan vorderen’.⁷⁸¹

Ook in dit arrest sprak de Hoge Raad zich niet expliciet uit voor de executieleer. Met een beroep op de strekking van art. 1230 OBW oordeelde de Hoge Raad dat ook de koper zich op de niet-verbindendheid van de huurovereenkomst kan beroepen. De theoretische grondslag voor de bevoegdheid van de koper wordt, aldus Kleijn,⁷⁸² buiten beschouwing gelaten. Evenals in het arrest Hoge Valkse-dijk koos de Hoge Raad ervoor de kwestie op een andere wijze op te lossen.

⁷⁸⁰ Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (Albers c.s./Assmann c.s.). Zie hierover ook onderdeel 6.6.2.1. Kleijn stelt overigens dat de Hoge Raad hier een lijn doortrekt, die reeds in het arrest De Boer/Haskerveenpolder (Hoge Raad 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848 m.nt. E.M. Meijers) was ingezet. Zo gezien is er weinig nieuws aan dit arrest. Nu het in het De Boer/Haskerveenpolder-arrest echter niet over de uitwinning ex art. 1223 lid 2 OBW ging, maar om uitwinning door de beslaglegger, meen ik dat de Hoge Raad hier wat betreft de kentering van mandaatleer naar executieleer wel degelijk een nieuwe stap zet.

⁷⁸¹ Zie over het inroepen van het beding van art. 1230 OBW ook: Hoge Raad 5 februari 1982, *NJ* 1982, 471 m.nt. W.M. Kleijn (Ordemans/Te Brake). De koper riep in de casus die aan het arrest ten grondslag ligt de nietigheid van de pachtovereenkomst in, hetgeen de Hoge Raad mogelijk achtte. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad dat de koper die zich op art. 1230 OBW beroept, de verpachter niet opvolgt in diens rechten en verplichtingen. Ik betwijfel of in deze uitspraak een (expliciete) verwerping van de mandaatleer gelezen kan worden. Wel nam de Hoge Raad hier aan dat de veilingkoper een beroep toekwam op art. 1230 OBW en dat recht ontleent aan de hypotheekhouder. In zoverre wijkt dit arrest af van het Kaal/Hoefnagels c.s.-arrest.

⁷⁸² Kleijn, annotatie onder Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (Albers c.s./Assmann c.s.).

In het Christenhusz/Brunsveld-arrest heeft de Hoge Raad *wel* expliciet op basis van de executieeler overwogen. Voor dit onderdeel is van belang het oordeel van de Hoge Raad omtrent de kenbaarheid van de huur voor de hypotheekhouder:

‘In verband met de aard van de gedwongen verkoop krachtens het beding van art. 1223 tweede lid, die meebrengt *dat het niet de eigenaar is die verkoopt*, moet worden aangenomen dat het op de weg ligt van de executerende hypotheekhouder, die tot verkoop “vrij van huur” wil overgaan, om zich voor de veiling ervan te vergewissen of het goed is verhuurd en, zo ja, in hoeverre de huurder krachtens zijn wegnemingsrecht bevoegd is om bij ontruiming bestanddelen van het goed daaruit mee te nemen. De eigenaar zal daarom in beginsel niet gehouden zijn de hypotheekhouder of de notaris ten overstaan van wie de veiling zal geschieden, eigener beweging te melden dat het goed is verhuurd, onderscheidenlijk dat met uitoefening van een wegnemingsrecht rekening moet worden gehouden.’⁷⁸³

Ook in latere arresten hield de Hoge Raad vast aan de executieeler.⁷⁸⁴ Hiermee liep de Hoge Raad, vlak voor de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek, alsnog in de pas met de algemene opvatting in de literatuur.

In de toelichting bij zijn ontwerp, verschenen vóór het ‘omgaan’ van de Hoge Raad, sprak Meijers zich expliciet uit voor de executieeler, en zette daarmee de toon voor de opvatting over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid in het huidige Burgerlijk Wetboek:

‘Ook het verhaalsrecht op grond van artikel 1223 lid 2 B.W. voldoet niet. De Hoge Raad beschouwt deze verkoop als een willige verkoop, waarbij de hypotheekhouder verkoopt als lasthebber van de eigenaar. Aan deze leer verbindt de Hoge Raad verschillende gevolgen, die met de eisen van de praktijk in strijd zijn. Een daarvan is in de toelichting bij artikel 8 [het huidige art. 3:264 BW, IV] vermeld. Er zijn er echter meer.’⁷⁸⁵

Overigens waren destijds in de literatuur ook andere opvattingen te ontwaren. Zo stelde Eggens dat bij verkoop ex art. 1223 lid 2 OBW sprake is van zowel vertegenwoordiging als van een eigen recht van de hypotheekhouder.⁷⁸⁶ Eggens vatte zijn theorie met betrekking tot het recht van de hypotheekhouder bij executoriale verkoop als volgt samen:

‘Bij verkoop krachtens art. 1223 is dus sprake van “onvrijwillig” voorzover het betreft verhaal *van* de vordering, waaraan de schuldenaar niet wil voldoen. Doch het verhaal *op*

⁷⁸³ Hoge Raad 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253 m.nt. W.M. Kleijn (Christenhusz/Brunsveld). Cursivering toegevoegd door mij.

⁷⁸⁴ Hoge Raad 21 maart 2003, *NJ* 2003, 314 (Heringa/Ties); Hoge Raad 25 januari 1991, *NJ* 1992, 172 m.nt. H.J. Snijders (Van Berkel/Tribosa); Hoge Raad 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 227 m.nt. W.M. Kleijn (De Staat c.s./Troost & Dortangs).

⁷⁸⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM).

⁷⁸⁶ Eggens 1927, p. 248-250.

het onderpand geschiedt zonder eenigen dwang, krachtens eigen, vrijwillig verleend, vertegenwoordigingsrecht van den hypotheekhouder.⁷⁸⁷

Onduidelijk is echter hoe deze theorie uitwerkt voor de verschillende vraagstukken die spelen bij executoriale verkoop en overdracht. Bovendien lijkt het door Eggens gehanteerde begrip vertegenwoordiging ruim, in de opvatting van Van der Kwaak 'veel te ruim',⁷⁸⁸ nu hij hieronder *alle* aspecten van het beschikken over rechten van een ander lijkt te verstaan.⁷⁸⁹ In die zin is steeds wanneer iemand het goed van een ander verkoopt en overdraagt, sprake van vertegenwoordiging, ongeacht op welke rechtsgrond de vertegenwoordiging gebaseerd is.⁷⁹⁰ Het is echter de vraag of met een zodanig ruim vertegenwoordigingsbegrip de rechtsvragen die in verband met de executoriale verkoop en overdracht opkomen, afdoende beantwoord kunnen worden. Hierin lijkt de leer van Eggens dan ook tekort te schieten. In de literatuur is de opvatting van Eggens veelal met kritiek ontvangen.⁷⁹¹

Kleijn kwam in 1970 eveneens met een tussenopvatting.⁷⁹² Hij stelde dat de hypotheekhouder bij de verkoop ex art. 1223 lid 2 OBW weliswaar krachtens eigen recht verkoopt, maar levert als vertegenwoordiger van de eigenaar. Deze opvatting sluit enigszins aan bij de hierna te bespreken opvatting van Van der Kwaak, die betoogt dat de hypotheekhouder bij de levering als gevolg van de executoriale verkoop de hypotheekgever vertegenwoordigt. Dat beide opvattingen in mijn ogen echter onjuist zijn, in ieder geval voor het huidige recht, zal ik bij de bespreking van de proefschriften van Van der Kwaak en Groefsema nader uiteenzetten.

6.3.2 De proefschriften van Van der Kwaak en Groefsema

Hoewel de discussie omtrent de mandaat- en executieleer met invoering van het huidige BW beëindigd lijkt, blijft de vraag op welke grond de hypotheekhouder bevoegd is het goed van een ander over te dragen juridisch interessant. Om deze reden is de bespreking van rond de invoering van het huidige BW verschenen proefschriften van belang.

⁷⁸⁷ Eggens 1927, p. 249. Cursivering in oorspronkelijke tekst.

⁷⁸⁸ Van der Kwaak 1990, p. 81.

⁷⁸⁹ Vgl. Eggens 1927, p. 245-247. Zo handelt ook beslaglegger, van wie vrijwel algemeen wordt aangenomen dat hij volledig krachtens eigen recht handelt, in de ogen van Eggens krachtens eigen recht én als vertegenwoordiger. Dat strookt niet met de opvatting dat de vertegenwoordiging voortvloeit uit het beding dat de hypotheekhouder op grond van art. 1223 lid 2 OBW dient te maken (de mandaatleer).

⁷⁹⁰ Vgl. Gerver & Van der Korst, *GS Vermogensrecht* 2000, art. 3:60 BW, aant. 2.

⁷⁹¹ Zie o.m. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 390; Groefsema 1993, p. 82-83; Van der Kwaak 1990, p. 81; Asser/Van Oven 1978, p. 201; Scholten 1926, p. 294-296. Zie echter Gerver & Van der Korst, *GS Vermogensrecht* 2000, art. 3:60 BW, aant. 2; Schoordijk 1985, p. 487-488.

⁷⁹² Kleijn 1970, p. 230-233. Zie voor kritiek Groefsema 1993, p. 82.

Allereerst het proefschrift van Van der Kwaak uit 1990. Van der Kwaak brengt de mandaat- en executieleer bij elkaar en stelt dat bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder zowel sprake is van verhaal als van vertegenwoordiging:

‘Het bijzondere van de verkoop ex art. 1223 lid 2 BW is dat de hypotheekhouder daarbij primair als hypotheekhouder, schuldeiser, door middel van die verkoop verhaal tegen de hypotheekgever, debiteur, uitoefent, maar bovendien nl. voorzover hij bij die verkoop geen verhaal uitoefent, krachtens volmacht verkoopt. De betekenis van de volmacht tot verkoop wordt dus bepaald door het doel waarvoor zij is gegeven. Voorzover bij verkoop dat doel wordt gediend, t.w. verhaal wordt uitgeoefend, is de betekenis van die volmacht hierin gelegen dat die verhaalsuitoefening door middel van verkoop plaatsvindt op basis van vrijwilligheid. Voorzover bij verkoop dat doel niet wordt gediend, t.w. geen verhaal wordt uitgeoefend, is die betekenis dat de hypotheekhouder bij verkoop als vertegenwoordiger de hypotheekgever als eigenaar bindt.’⁷⁹³

Van der Kwaak is van mening dat sprake is van vertegenwoordiging indien en voor zover de hypotheekhouder geen verhaal uitoefent. Dat betekent dat de hypotheekhouder bij de overdracht als gevolg van de executoriale verkoop niet zelfstandig beschikkingsbevoegd is, maar handelt als vertegenwoordiger van de hypotheekgever.⁷⁹⁴

Groefsema is in zijn drie jaren later verschenen proefschrift een geheel andere mening toegedaan:

‘Bij wijze van parate executie verkoopt de hypotheekhouder de verbonden zaak dus in eigen naam aan de (veiling)koper. Daaruit volgt dat hij ook in eigen naam de op deze executoriale verkoop volgende levering tot stand brengt. Aangezien de hypotheekhouder niet de bevoegdheid heeft de eigenaar-hypotheekgever bij de levering te vertegenwoordigen, kan hij ook alleen maar in eigen naam leveren.’⁷⁹⁵

Groefsema neemt hiermee de executieleer tot uitgangspunt en onderzoekt vervolgens de basis voor deze bevoegdheid van de hypotheekhouder.⁷⁹⁶ Daarbij stelt hij dat uit de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot executoriale verkoop ex art. 3:227 jo. art. 3:268 BW zijn bevoegdheid tot overdracht van het goed voortvloeit.⁷⁹⁷ De basis voor de bevoegdheid van de hypotheekhouder is de wet, en wel art. 3:268 BW.⁷⁹⁸ Vervolgens geeft Groefsema aan:

‘Met de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekhouder, is tevens de omvang van die bevoegdheid gegeven. De verlening van beschikkingsbevoegdheid aan de hypotheekhouder door de wet, strekt immers niet verder dan het doel waarmee

⁷⁹³ Van der Kwaak 1990, p. 81.

⁷⁹⁴ Van der Kwaak 1990, p. 82-87.

⁷⁹⁵ Groefsema 1993, p. 78.

⁷⁹⁶ Groefsema 1993, p. 85-89.

⁷⁹⁷ Groefsema 1993, p. 86. Zie ook onderdeel 5.4.1.3.

⁷⁹⁸ In gelijke zin Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 391.

deze is gegeven: paraat kunnen executeren door middel van verkoop (en levering) van de verhypothekerde zaak, ten einde uit de opbrengst daarvan bij voorrang voldaan te krijgen. Die bevoegdheid tot parate executie komt de hypotheekhouder evenwel slechts toe, indien en ook niet eerder dan dat de schuldenaar van de hypotheekhouder in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt.⁷⁹⁹

Dit citaat is van belang, omdat hieruit de conclusie kan worden getrokken dat de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekhouder *niet onbeperkt* is. De bevoegdheid bestaat alleen voor zover de hypotheekhouder bevoegd is tot executoriale verkoop. Daarnaast behoudt overigens de hypotheekgever diens bevoegdheid tot verkoop en overdracht, de beschikkingsbevoegdheid van de hypotheekhouder werkt met andere woorden niet privaatief.⁸⁰⁰

Zowel het proefschrift van Van der Kwaak als het proefschrift van Groefsema bieden waardevolle inzichten voor het recht van executoriale verkoop. De waarde van de theorie van Van der Kwaak is dat zij (mede) rechtvaardigt waarom de hypotheekhouder over sterke bevoegdheden beschikt bij het verhaal van zijn vordering.⁸⁰¹ Deze theorie verklaart echter niet afdoende waarom de hypotheekhouder ook in faillissement bevoegd blijft tot overdracht (art. 57 Fw), terwijl de hypotheekgever dan zijn beschikkingsbevoegdheid verliest (art. 23 Fw).⁸⁰² Bovendien, hoewel dit niet direct de onjuistheid van de theorie van Van der Kwaak bewijst, kan in de huidige wetgeving een argument tegen de theorie van Van der Kwaak gevonden worden, nu art. 546 Rv de bepalingen van executoriale verkoop door de beslaglegger grotendeels van toepassing verklaart op de executoriale verkoop door hypotheekhouder.⁸⁰³ Van der Kwaak noemt de verwijzing in art. 546 Rv 'onnodig en ongewenst',⁸⁰⁴ terwijl deze bepaling in mijn ogen terecht de procedures van de executoriale verkoop door de hypotheekhouder en de beslaglegger grotendeels gelijk doet verlopen.⁸⁰⁵

⁷⁹⁹ Groefsema 1993, p. 86-87.

⁸⁰⁰ Groefsema 1993, p. 87. Anders: Rb. Roermond 17 augustus 2005, *LJN* AU1730.

⁸⁰¹ Zie onderdeel 6.2.2.1.

⁸⁰² Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 82: 'Bij parate executie gaat, anders dan bij reële, de eigendom over door middel van overdracht. De eigenaar-hypotheekgever wordt immers, waar het uitsluitend het aspect van de verkoop betreft, als *beschikkingsbevoegde* eigenaar vertegenwoordigd; hij is in zoverre partij, verkoopt in zoverre en levert – als sequel van de obligatoire overeenkomst – dus zelf.' (Cursivering toegevoegd door mij.)

⁸⁰³ Vgl. Van der Kwaak 1990, p. 82-87 over overdracht en overgang bij executoriale verkoop. Vgl. Groefsema 1993, p. 84 over het recht van parate executie dat zich moeilijk verenigt met de theorie van Van der Kwaak.

⁸⁰⁴ Van der Kwaak 1990, p. 87.

⁸⁰⁵ Zie hierover ook onderdeel 6.2.4.

De theorie van Groefsema biedt in mijn ogen de verklaring voor de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid van de hypotheekhouder bij executoriale verkoop.⁸⁰⁶

De theorie van Groefsema wordt hieronder dan ook gebruikt om het belang van de discussie omtrent mandaat- en executieel voor de hedendaagse executoriale verkoopprocedure te duiden.

6.3.3 Het belang van de discussie

Uit het bovenstaande kan de volgende conclusie over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid van de hypotheekhouder worden getrokken. Bij de executoriale verkoop draagt de hypotheekhouder het goed van een ander over aan de koper. De constructie die de wet hiervoor hanteert moet niet worden opgevat als vertegenwoordiging, waarbij de hypotheekhouder optreedt namens de eigenaar. Er is sprake van een bijzondere constructie: de hypotheekhouder verkoopt en draagt het goed dat in eigendom toebehoort aan de hypotheekgever over aan de koper. De koper is weliswaar de rechtsopvolger van de hypotheekgever,⁸⁰⁷ maar hij volgt de hypotheekgever niet in al diens rechten en verplichtingen op,⁸⁰⁸ omdat de overdracht door een ander dan de rechthebbende tot stand wordt gebracht – de hypotheekhouder.⁸⁰⁹ De hypotheekhouder kan zich bij de executoriale verkoop beroepen op het onverbindend zijn van persoonlijke verplichtingen die de hypotheekgever is aangegaan en heeft hij voorts de mogelijkheid het goed vrij van niet tegen zijn recht inroepbare beperkte rechten te verkopen. Als gevolg hiervan gaan niet alle rechten en verplichtingen over op de koper, zoals in onderdeel 6.5 nader zal worden uitgewerkt. Met deze bijzondere constructie kunnen diverse aspecten van de executoriale verkoopprocedure beantwoord worden. In dit onderdeel wordt een aantal hiervan besproken. Het gaat hierbij om de aspecten die niet al in de andere onderdelen van dit hoofdstuk of andere hoofdstukken ter sprake komen.

6.3.3.1 Inconsistenties bij onderhandse executoriale verkoop

In het vorige hoofdstuk is besproken dat de regie bij de executoriale verkoop bij de notaris en de hypotheekhouder ligt. De eigenaar van de woning heeft vanaf het moment dat de executoriale verkoop wordt opgestart geen actieve bemoeienis meer met de verkoop.⁸¹⁰ Dit is onder meer een gevolg van de toepassing van

⁸⁰⁶ Ook de wetgever lijkt eenzelfde mening toegedaan, vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 132 (MvT). Zie echter Rank-Berenschot 1994, p. 841-843, die ook enkele vraagtekens zet bij (de uitwerking van) de theorie van Groefsema.

⁸⁰⁷ Vgl. Groefsema 1993, p. 87-88.

⁸⁰⁸ Vgl. Hoge Raad 5 februari 1982, *NJ* 1982, 471 m.nt. W.M. Kleijn (Ordemans/Te Brake).

⁸⁰⁹ Vgl. Groefsema 1993, p. 87.

⁸¹⁰ Zie ook onderdeel 4.4.2.3, over de plicht tot medewerking van de hypotheekgever.

de executieleer, die meebrengt dat het de hypotheekhouder is die verkoopt en de overdracht aan de koper bewerkstelligt.

Het is in dit licht opvallend dat bij de onderhandse executoriale verkoop *wel* een actieve rol is weggelegd voor de hypotheekgever. De wetgever lijkt bij de totstandkoming van de bepalingen van onderhandse executoriale verkoopprocedure de discussie omtrent mandaat- en executieleer enigszins uit het oog te zijn verloren. Op grond van art. 3:268 lid 2 BW kan ook de hypotheekgever een verzoek om de verkoop onderhands te doen plaatsvinden bij de voorzieningenrechter, op grond van een koopovereenkomst die door hem en de koper is ondertekend (vgl. art. 548 lid 2 Rv). In de parlementaire geschiedenis wordt bij deze, gelet op het bovenstaande vreemde constructie nauwelijks stilgestaan. Dat is te meer verwonderlijk vanwege de uitvoerige discussie die onder het oud-Burgerlijk Wetboek nog gevoerd werd over de verkoop- en overdrachtsbevoegdheid bij executoriale verkoop. De mogelijkheid tot het sluiten van een koopovereenkomst door de hypotheekgever, met executoriale verkoop als gevolg, doet deze discussie echter opnieuw opkomen, zij het in een ander licht. De mogelijkheid van onderhandse executoriale verkoop door de hypotheekgever leidt namelijk tot *onduidelijkheden*: onder welke voorwaarden kan de hypotheekgever verkopen; is de hypotheekhouder verplicht te leveren op basis van een door de hypotheekgever gesloten koopovereenkomst; wie kan door de koper worden aangesproken over de verplichtingen uit de koopovereenkomst?

In onderdeel 4.4.2.2 is reeds ingegaan op de wens van de wetgever tot het sluiten van geïndividualiseerde koopovereenkomsten bij onderhandse executoriale verkoop en de discrepantie in de wettelijke regeling tussen het uiterste tijdstip van het vaststellen van de veilingvoorwaarden (acht dagen vóór de openbare verkoop, art. 517 lid 1 Rv) en het indienen van een onderhands bod (veertien dagen vóór de openbare verkoop, art. 547 lid 2 Rv). Zoals daar besproken zal de hypotheekhouder veelal de voorwaarden willen hanteren die ook bij openbare executoriale verkoop worden gebruikt.⁸¹¹ Van de wens van de wetgever komt in de praktijk dan ook weinig terecht.

Bovendien, zoals in onderdeel 4.4.2 is uitgewerkt, is duidelijkheid over de voorwaarden en kosten cruciaal voor het uitbrengen van een reëel bod op het aangeboden goed. Die duidelijkheid wordt verkregen door de informatie tijdig, vóór het uitbrengen van een bod, beschikbaar te stellen. Dit doet de vraag opkomen of de wettelijke regeling van de onderhandse executoriale verkoop niet anders ingericht moet worden.

⁸¹¹ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 74.

Deze vraag is ook om een andere reden van belang. Stel dat de hypotheekgever een koopovereenkomst sluit met een bieder. Het strookt niet met het systeem van executoriale verkoop als hij vervolgens ook overgaat tot overdracht aan deze bieder. Albers-Dingemans merkt in verband hiermee op:

‘Als niet de hypotheekhouder maar de geëxecuteerde een koper voordraagt, is het van belang dat de notaris de hypotheekhouder in de koopovereenkomst vermeldt als verkoper. Deze is immers de executant en niet de debiteur. Helaas blijkt dit in de praktijk nog met enige regelmaat mis te gaan. Het beste is met de griffie te overleggen of de beschikking kan worden aangepast. In het ergste geval moet of een normale levering plaatsvinden (zonder de zuivering derhalve van hypotheken en beslagen) dan wel de veilingprocedure opnieuw worden opgestart.’⁸¹²

Uit de wettelijke regeling lijkt echter anders te volgen. Nu ook de hypotheekgever een verzoek kan indienen (art. 3:268 lid 2 BW) en zelf de koopovereenkomst kan ondertekenen (art. 548 lid 2 Rv), zal het buiten de hypotheekhouder om sluiten van een koopovereenkomst wel degelijk mogelijk zijn en daaraan zijn de gevolgen van de executoriale verkoop verbonden. Hierbij zal gedacht moeten worden aan een omgekeerde versie van hetgeen Kleijn in 1970 verdedigde: de eigenaar verkoopt, maar de hypotheekhouder levert.⁸¹³ Als gevolg hiervan leidt de levering aan de koper tot zuivering (art. 3:273 BW) en zal de opbrengst verdeeld moeten worden ex art. 3:270 e.v. BW. Toch is dit een vreemde juridische constructie en zij druist in tegen de consequenties van de executieleer. De opvatting van Albers-Dingemans sluit dan ook beter aan bij de executieleer: wil sprake zijn van een executoriale verkoop dan zal de hypotheekhouder zijn medewerking moeten verlenen aan de koop en overdracht. Dit leidt echter weer tot de vreemde constructie dat de hypotheekhouder zijn medewerking moet verlenen aan verkoop en overdracht aan een bieder, waarmee hij zelf niet wenste te contracteren.

De onderhandse executoriale verkoop op grond van een verzoek van de hypotheekgever lijkt dan ook onvoldoende doordacht en zij druist bovendien in tegen de aard van de executoriale verkoopprocedure, die de hypotheekhouder nu juist de bevoegdheid geeft om de executoriale verkoop en overdracht van het goed van de hypotheekgever te bewerkstelligen. De hypotheekgever heeft deze verkoop en overdracht in beginsel te dulden, zij het dat de wet hem enkele verweermiddelen geeft en dat de hypotheekhouder en notaris bij deze verkoop rekening moet houden met diens belangen.⁸¹⁴ Daarnaast blijft de eigenaar bevoegd tot *vrijwillige* verkoop en overdracht, waarbij hij voor de verkoop vrij van het hypotheekrecht toestemming van de hypotheekhouder behoeft. Het is

⁸¹² Albers-Dingemans 2011, p. 346.

⁸¹³ Zie onderdeel 6.3.1.

⁸¹⁴ Zie hoofdstuk 5, met name onderdeel 5.2.5.1, 5.3.1 en 5.3.2.

dan ook de vraag of een ander systeem niet beter aansluit bij het karakter van de executoriale verkoop.⁸¹⁵ Dit systeem stel ik mij als volgt voor.

Het wordt alleen de hypotheekhouder toegestaan een onderhandse executoriale verkoop tot stand te brengen. Nu de hypotheekhouder ook thans vrijwel steeds alleen bereid is te contracteren op basis van zijn eigen voorwaarden, worden deze voorwaarden ruim vóór afloop van de termijn van onderhandse biedingen beschikbaar gesteld aan de potentiële bidders. Dit betekent dat het onderzoek van de notaris geruime tijd voor de afloop van de termijn voor onderhandse biedingen moet zijn afgerond.⁸¹⁶ Van Heuvel stelt voor art. 517 lid 1 Rv te wijzigen, zodat daarin bepaald wordt dat de veilingvoorwaarden dertig dagen voor de veiling vastgesteld moeten zijn.⁸¹⁷ Daarnaast stelt hij voor:

‘Indien de veilingvoorwaarden ten minste 30 dagen voor de veiling worden vastgesteld zou (in de wet, de AVVE2006 of in de veilingvoorwaarden) kunnen worden bepaald dat ook zodra een bieding op grond van art. 3:268 lid 2 BW wordt geaccepteerd daarmee de koopovereenkomst tot stand komt. Ook dan zou een aparte (aanvullende) koopovereenkomst overbodig zijn, omdat de voorwaarden en bepalingen waaronder de koop tot stand komt al vast staan. In die situatie zouden de bepalingen van de bedenktijd zonder de belangen van de koper te veel te schaden (zeker ten opzichte van de koper op de veiling zelf) buiten toepassing kunnen blijven.’

De door Van Heuvel voorgestelde wijziging sluit weliswaar aan bij de huidige praktijk, maar de hierna te bespreken flexibiliteit voor de hypotheekhouder en de notaris bij het vaststellen van een termijn voor onderhandse biedingen vraagt om meer vrijheid voor de termijn van de veilingvoorwaarden. Daarom lijkt het gewenst in de wet voor te schrijven dat de veilingvoorwaarden ten minste een aantal dagen voor afloop van de termijn van onderhandse biedingen beschikbaar worden gesteld, in plaats van een aantal dagen voor de openbare executoriale verkoop zoals art. 517 lid 1 Rv nu bepaalt.

De positie van de hypotheekgever zal in dit systeem gelijk zijn aan die van de andere belanghebbenden. Hij kan vóór de afloop van de behandeling van het verzoekschrift een gunstiger bod voorleggen (vgl. art. 3:268 lid 2, tweede zin BW). De hypotheekgever zal ook moeten worden vermeld op de lijst van belanghebbenden (vgl. art. 548 lid 3 Rv). De griffier zal hem dan ook moeten meedelen dat een verzoek is gedaan en dat hij op zijn verlangen kan worden gehoord door de voorzieningenrechter. Hiermee wordt voldoende recht gedaan aan zijn belang bij een hogere opbrengst.

⁸¹⁵ Zie over de bezwaren ook onderdeel 4.4.2.3.

⁸¹⁶ Vgl. onderdeel 5.4.2.2, onder 3 en de daar besproken uitspraak Vzv. Rb. Utrecht 16 januari 2012, *LJN* BV3852.

⁸¹⁷ Van Heuvel 2007, p. 753.

Bij het doorvoeren van dit systeem kan ook de in onderdeel 4.4.3.2 besproken wenselijke aanpassing van art. 547 lid 2 Rv worden doorgevoerd. De termijn voor het doen van onderhandse biedingen wordt dan bepaald door de hypotheekhouder en notaris, in plaats van dat deze termijn in de wet wordt voorgeschreven. Daarmee zal ook de termijn van art. 548 lid 1 Rv ('één week vóór de voor verkoop bepaalde dag') moeten worden aangepast. Anders wordt immers de gewenste vermijding van onnodige kosten als huur van de veilingzaal en de inschakeling van de afslager alsnog niet bereikt. De termijn voor indiening van het verzoekschrift kan bijvoorbeeld in de wet worden vastgesteld op één week na het verstrijken van de door de hypotheekhouder en de notaris bepaalde termijn voor het doen van onderhandse biedingen.

Hierbij wordt nog het volgende opgemerkt. Thans zijn de vereisten van art. 7:2 BW ook van toepassing op de onderhandse executoriale verkoop.⁸¹⁸ Voor de openbare executoriale verkoop is, zoals in onderdeel 4.3.2.3 besproken, een uitzondering gemaakt, omdat anders 'ernstig afbreuk' zou worden gedaan aan de 'doeltreffendheid en doelmatigheid' van de openbare veiling.⁸¹⁹ In de parlementaire debatten voorafgaand aan de invoering van art. 7:2 BW zijn reeds vraagtekens gezet bij de toepassing van deze bepaling op de onderhandse executoriale verkoop.⁸²⁰ De minister van Justitie vond het echter niet nodig te tornen aan art. 7:2 BW voor de onderhandse executoriale verkoop:

'Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat hierdoor aan de doeltreffendheid en doelmatigheid van deze vorm van onderhandse executoriale verkoop, die een veel lichtere vorm van executoriale verkoop is dan de verkoop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris, ernstig afbreuk zal worden gedaan, dan wel dat de belangen van de (gedwongen) verkoper te zeer ter zijde worden geschoven. Afweging van de gerechtvaardigde belangen van de consument-koper en die van de verkoper leidt tot de conclusie dat er geen aanleiding is de consument-koper in de onderhavige categorie gevallen niet de mogelijkheid te geven tot reflectie binnen de bedenktijd, nu niet op voorhand uitgesloten is te achten dat de consument hieraan behoefte heeft na het tot stand komen van de koop. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de hypotheekhouder of hypotheekgever die niet het risico wenst te nemen van ontbinding binnen de bedenktijd na onderhandse verkoop op de voet van artikel 3:268 lid 2 BW, een eventueel bod kan afwijzen en het verzoek aan de voorzieningenrechter achterwege kan laten. Alsdan zal de woning in het openbaar worden verkocht ten overstaan van een bevoegde notaris (artikel 3:268 lid 1 BW), in welk geval een consument-koper geen bedenktijd heeft (artikel 7:2 lid 5).'⁸²¹

⁸¹⁸ Zie voor de vraag wanneer de bedenktijd aanvangt Heyman & Bartels 2012, p. 206, waar drie verschillende situaties ter sprake komen (koopovereenkomst met hypotheekhouder, koopovereenkomst met hypotheekgever, koopovereenkomst ter zitting).

⁸¹⁹ *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, 14 (MvA).

⁸²⁰ Zie o.m. *Kamerstukken II* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 14 (MvA).

⁸²¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 14 (MvA).

Tot welke moeilijkheden de toepassing van art. 7:2 BW bij onderhandse executoriale verkoop echter in de praktijk kan leiden, in verband met de termijnen die in acht moeten worden genomen, maakt Van Heuvel duidelijk:

‘Stel: de veiling vindt plaats op dinsdag de 16e. Tot en met maandag de 1e kan dan onderhands op de te executeren zaken worden geboden. De maandagavond laat binnengekomen bieding wordt dinsdagochtend de 2e direct aan de bank en de eigenaar doorgestuurd. Indien bijvoorbeeld de bank besluit een koopovereenkomst te sluiten met de koper, zal deze overeenkomst op diezelfde dinsdag de 2e moeten zijn opgesteld, door alle partijen zijn ondertekend en in afschrift aan de koper zijn ter hand gesteld tegen afgifte van een gedateerd ontvangstbewijs. Dan gaat de bedenktijd in op woensdag de 3e, zodat deze eindigt op vrijdagavond de 5e om 24.00 uur. Het verzoekschrift aan de voorzieningenrechter kan dan tijdig (uiterlijk op maandag de 8e) worden ingediend, zonder dat de koper zich nog op de bedenktijd kan beroepen en daarmee zonder opgave van redenen de koopovereenkomst zou kunnen ontbinden. Zou de koopovereenkomst pas op woensdag de 3e zijn ondertekend, dan gaat de bedenktijd op donderdag de 4e in en eindigt deze op maandag de 8e om 24.00 uur. De koper zou de overeenkomst dan nog kunnen ontbinden nadat deze is ingediend overeenkomstig art. 548 lid 1 Rv. Als dat gebeurt moet de veiling weer van begin af aan worden opgestart, omdat door tijdige indiening van het verzoekschrift de veiling is komen te vervallen!’⁸²²

Heyman & Bartels betogen dat door onderhandse executoriale verkoop een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd en dat de hypotheekhouder deze procedure daarom niet snel zal laten lopen uit angst voor ontbinden.⁸²³ Dit argument is een reactie op het standpunt van de minister, dat de hypotheekhouder die het ontbindingsrisico niet wil lopen, niet verplicht is de onderhandse executoriale verkoopprocedure te doorlopen.⁸²⁴ Op deze reactie zou ik in zoverre willen voortbouwen door te wijzen op het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure. Als (de kans groot is dat) met de onderhandse executoriale verkoop een hogere opbrengst kan worden behaald, dient de hypotheekhouder op grond van zijn zorgplicht voor die wijze van executoriale verkoop te kiezen. Het is merkwaardig dat de minister het opzij schuiven van de onderhandse executoriale verkoopprocedure als reële mogelijkheid ziet, terwijl deze procedure nu mede is ingevoerd als alternatief voor de openbare executoriale verkoop ‘waarmee in de tegenwoordige praktijk steeds minder een geschikt middel om een behoorlijke prijs te verkrijgen.’⁸²⁵

Albers-Dingemans wijst nog op een belangrijk en ongewenst neveneffect van art. 7:2 BW, nu deze bepaling misbruik in de hand kan werken:

⁸²² Van Heuvel 2007, p. 753. Vgl. Vزر. Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2010, zaaknr. 363258, *Notamail* 2010/147 (niet gepubl.). Zie ook Croes 2001, p. 335.

⁸²³ Heyman & Bartels 2012, p. 205.

⁸²⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 3, p. 7.

⁸²⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA).

‘Indien het immers tot een zitting bij de voorzieningenrechter komt en deze alsnog een particulier die meer biedt toelaat tot de overeenkomst, gaat de bedenktijd opnieuw lopen en kan de koper de koopovereenkomst alsnog ontbinden. Door het inschakelen van een vriendje die zogenaamd als koper optreedt, kan de debiteur de executie behoorlijk saboteren. Voordat het pand opnieuw voor de veiling is aangemeld, daadwerkelijk is geveild en de koopsom is betaald, is men maanden verder, met meer renteachterstand en dubbele executiekosten. Het is dan ook moeilijk te begrijpen waarom de wetgever dit punt niet aanpast.’⁸²⁶

In het onderzoek dat het Molengraaff Instituut in opdracht van het WODC van het Ministerie van Justitie uitvoerde naar de Wet Koop onroerende zaken werd dan ook gepleit voor afschaffing van de bedenktijd van art. 7:2 BW bij onderhandse executoriale verkoop:

‘Wat betreft de procedurele eisen kan niet worden gezegd dat er sprake is van een lichte vorm van executoriale verkoop. De mogelijkheid voor de koper van het inroepen van de bedenktijd weegt niet op tegen het geheel opnieuw opstarten van een veiling-procedure.’⁸²⁷

Bovenstaande wijzigingen doen meer recht aan het karakter van de executoriale verkoop *en* de gewenste flexibiliteit, waardoor de voor het object beste voorbereiding kan plaatsvinden en de meestbiedende gegadigde kan worden bereikt.

Intermezzo: de wijze van levering bij onderhandse executoriale verkoop

Ten aanzien van de onderhandse executoriale verkoop moet nog een punt van onduidelijkheid worden opgelost. Dit heeft niet zozeer te maken met de discussie mandaat-/executieer, maar met de wijze waarop de levering door de hypotheekhouder dient plaats te vinden. Voor de openbare executoriale verkoop is de wijze van levering in art. 525 lid 1 Rv vastgelegd: de koper verkrijgt het recht op de zaak door inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing.⁸²⁸ Zoals in onderdeel 6.2.4.5 is besproken, kan uit het Ontvanger/Brink q.q.-arrest worden afgeleid dat hier sprake is van een eigendomsoverdracht in de zin van art. 3:84 jo. 3:89 BW, zij het dat de levering niet plaatsvindt door de inschrijving

⁸²⁶ Albers-Dingeman 2011, p. 346. Zie ook Heyman & Bartels 2012, p. 205-206.

⁸²⁷ Keirse e.a. 2009, p. 125. De minister van Veiligheid en Justitie neemt de aanbeveling niet over (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 320, nr. 2, p. 4 en MvT, p. 4).

⁸²⁸ In art. 17 lid 2 AVVE 2006/AVEA 2001 is de levering bij executoriale verkoop verder uitgewerkt: ‘De levering van het registergoed geschiedt door de inschrijving in de openbare registers van de eventuele afzonderlijke akte van bijzondere veilingvoorwaarden, van het/de proces(sen)-verbaal van inzet en afslag, van de eventuele akte van gunning, van de eventuele akte de command, samen met de notariële verklaring van betaling.’

van een daartoe bestemde, tussen beide partijen opgemaakte notariële akte, maar door inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing.⁸²⁹

Voor de onderhandse executoriale verkoop minder duidelijk hoe de levering geschiedt. Van Ingen & Jongbloed lijken van mening dat de levering geschiedt op grond van art. 525 lid 1 Rv.⁸³⁰ Bij onderhandse executoriale verkoop wordt een proces-verbaal van toewijzing, welke in art. 525 lid 1 Rv is opgenomen, echter in beginsel niet opgemaakt.⁸³¹ Van Velten stelt dat de levering plaatsvindt ex art. 3:89 BW.⁸³² Dat zou betekenen dat tussen hypotheekhouder en koper een leveringsakte, conform de reguliere overdracht, wordt opgemaakt.

De levering bij onderhandse executoriale verkoop kan in mijn ogen ook anders geschieden. Hiervoor moet eerst een uitstapje worden gemaakt naar de mogelijkheid voor de koper om de hypotheekgever tot ontruiming te dwingen. Voor deze mogelijkheid wordt in art. 525 lid 3 Rv geen alternatief gegeven voor de onderhandse executoriale verkoop. Hierin is slechts vermeld dat de hypotheekgever kan worden gedwongen tot ontruiming ‘op vertoon van het proces-verbaal’. Desondanks wordt in de literatuur wel betoogd dat de hypotheekgever na onderhandse executoriale verkoop ook op grond van de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter tot ontruiming kan worden gedwongen.⁸³³ Zo stelt Van Ingen:

‘Deze lijn doortrekkend naar het huidig recht, waarin de wetgever zich uitdrukkelijk heeft uitgesproken voor de executieleer, zou de onderhandse executie tot ontruiming moeten kunnen dwingen.

Deze analoge toepassing strookt mijns inziens ook met de bedoeling van de wetgever die in de Memorie van Toelichting Invoeringswet aangeeft dat de artikelen 514-529 Rv een regeling geven voor de verkoop ten overstaan van een notaris die grotendeels zowel geldt voor de executie door een gewone beslaglegger als krachtens artikel 546 Rv voor de executie door de hypotheekhouder, met betrekking waartoe in de artikelen 544-548 Rv een aantal bijzondere bepalingen is opgenomen. Het feit dat de verwijzing zich uitstrekt tot artikel 548 Rv duidt er mijns inziens op dat het nimmer de bedoeling van de wetgever is geweest de koper bij een onderhandse executie de weg van de revindicatoire ontruiming te laten volgen.

Voor analoge toepassing zou artikel 525 Rv mijns inziens aldus gelezen moeten worden dat in de plaats van “proces-verbaal” ook “presidentiële beschikking” mag worden gelezen. Voor de ontruiming ex artikel 525 lid 3 Rv is immers niet vereist dat de koper reeds de kooppenningen heeft voldaan; het proces-verbaal van toewijzing is voldoende voor ontruiming, maar wordt pas ingeschreven als de koper een verklaring van de notaris kan overleggen.’⁸³⁴

⁸²⁹ Vgl. Hoge Raad 25 januari 2008, *NJ* 2008, 66 (Ontvanger/Brink q.q.).

⁸³⁰ Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 140-144.

⁸³¹ Zie ook Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 146-147.

⁸³² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 418. Evenzo Van Ingen 1994.

⁸³³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 419; Van Ingen & Jongbloed 2007, p. 147.

⁸³⁴ Van Ingen 1994.

Deze redenering kan evenzeer opgaan voor de *levering* bij onderhandse executoriale verkoop. Dit betekent dat in plaats van inschrijving van het proces-verbaal van veiling de toewijzende beschikking van de onderhandse executoriale verkoop samen met de schriftelijke koopovereenkomst, kan worden ingeschreven. Derhalve kan voor ‘het proces-verbaal van toewijzing’ in art. 525 lid 1 Rv ook ‘de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter’ worden gelezen. Daarmee geschiedt de levering bij onderhandse executoriale verkoop ex art. 3:84 jo. 3:89 jo. 546 jo. 525 lid 1 Rv door inschrijving van de eventuele akte van bijzondere veilingvoorwaarden, van de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter, van de eventuele akte de command, samen met de notariële verklaring van betaling.⁸³⁵

6.3.3.2 Bijzondere lasten en beperkingen, non-conformiteit (art. 7:19 BW)

Art. 7:19 BW houdt in dat de koper bij executoriale verkoop zich in beginsel niet kan beroepen op de aanwezigheid van lasten of beperkingen die niet op het goed hadden mogen rusten en evenmin op non-conformiteit.⁸³⁶ Hiermee zwakt deze bepaling, zo stellen Heyman & Bartels, de verplichtingen van art. 7:15 en 7:17 BW in belangrijke mate af bij executoriale verkoop.⁸³⁷

Een klein uitstapje naar de reguliere verkoop van onroerende zaken. In hoeverre verschilt het bepaalde in art. 7:19 BW *in de praktijk* van de bepalingen ten aanzien van lasten en gebreken en non-conformiteit in de standaard-koopovereenkomst bij reguliere verkoop?⁸³⁸ Huijgen stelt dat in geval van een executoriale verkoop art. 7:15 en 7:17 BW niet van toepassing zijn,⁸³⁹ terwijl Hijma aangeeft dat art. 7:15 BW ook geldt bij executoriale verkoop, maar dat de koper zich hier niet op kan beroepen, tenzij verkoper wist van het behept-zijn. Heyman & Bartels wijzen er echter op dat van art. 7:15 BW bij reguliere verkoop ook kan worden afgeweken.⁸⁴⁰ Een exoneratie van verkoper kan echter niet onbeperkt; waar verkoper bekend is *of had behoren te zijn* met lasten of beperkingen, *of met het bestaan van lasten en beperkingen rekening had moeten houden* kan het beroep op de exoneratie terzijde worden geschoven. Ook in de reguliere koopovereenkomst kan derhalve een exoneratie worden opgenomen. Bij executoriale verkoop kan deze exoneratie echter verder gaan dan bij reguliere verkoop, nu alleen wanneer verkoper *wist* van het behept-zijn niet met succes een beroep op de exoneratie kan worden gedaan.

Ten aanzien van art. 7:17 BW merken Bartels & Heyman op dat in de standaard-koopovereenkomst een exoneratie van verkoper is opgenomen voor gebreken die bij het

⁸³⁵ Vgl. art. 17 lid 2 AVVE 2006/AVEA 2001.

⁸³⁶ Zie over deze bepaling ook onderdeel 5.4.2.2, onder 2C.

⁸³⁷ Heyman & Bartels 2012, p. 258.

⁸³⁸ Bartels & Heyman stellen dat art. 7:17 BW over non-conformiteit *alle* gebreken omvat (zowel materiële als immateriële). Art. 7:15 BW bevat volgens hen ‘nog een aangescherpte aansprakelijkheid van de verkoper’ voor rechtsgebreken. Bij een rechtsgebrek dat onder art. 7:15 BW valt kan de koper dus ook een beroep doen op art. 7:17 BW. Zie Bartels & Heyman 2012, p. 276.

⁸³⁹ Huijgen 2012-I, p. 52 en 62; Asser-Hijma 2007 (5-I), nr. 285 en 357.

⁸⁴⁰ Heyman & Bartels 2012, p. 364-365.

sluiten van de overeenkomst reeds bestonden.⁸⁴¹ De verkoper kan zich op deze exoneratie niet met succes beroepen, als hem een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Dit is het geval als verkoper *wist* van het gebrek; als verkoper *had kunnen weten* van het gebrek levert dat op zichzelf nog geen ernstig verwijt op. Zo bezien verschilt de bepaling in de standaard-koopovereenkomst op het punt van ten tijde van het sluiten van de koop bestaande gebreken maar weinig van art. 7:19 BW.⁸⁴²

De toelichting van Meijers vermeldt de reden hiervoor:

‘Lid 1 handhaaft het beginsel van art. 1548 BW, dat hierin is gelegen dat een executant niet voor gebreken van de verkochte zaak aansprakelijk behoort te zijn, omdat hij die in de regel niet uit zijn eigen hoofde kan kennen, terwijl de geëxecuteerde veelal niet geneigd zal zijn hem in te lichten.’⁸⁴³

In de memorie van toelichting bij deze bepaling wordt opgemerkt dat de rechter deze bepaling ook ‘in andere gevallen waarin de wet een ander dan de eigenaar (al dan niet met machtiging van de rechter) bevoegd verklaart een zaak op eigen naam te verkopen’ toe te passen.⁸⁴⁴ Deze passage lijkt op het hierboven besproken betoog van Groefsema en ademt onmiskenbaar de executieleer. De wetgever gaat er immers van uit dat de koper niet de eigenaar van het goed kan aanspreken wegens feitelijke of juridische lasten en gebreken dan wel non-conformiteit, maar de hypotheekhouder als verkoper van het goed.

Omdat de wetgever het ongewenst acht dat de hypotheekhouder, die niet in de woning gewoond heeft, steeds kan worden aangesproken indien na de verkoop blijkt van non-conformiteit of van juridische lasten of beperkingen die niet op het goed hadden mogen rusten, is de bepaling van art. 7:19 BW in het leven geroepen. Deze bepaling zegt, zo merken Heyman & Bartels terecht op, strikt genomen niets over de eigenschappen die de koper mag verwachten, maar geeft een wettelijke exoneratie voor het geval de onroerende zaak een gebrek blijkt te vertonen.⁸⁴⁵ Deze wettelijke exoneratie brengt mee dat de hypotheekhouder slechts aansprakelijk is indien hij van de last of beperking dan wel de non-conformiteit wist en niet indien hij daarvan *had moeten weten*.⁸⁴⁶ Een onderzoeksplicht voor de hypotheekhouder, zoals door de notariële commissie

⁸⁴¹ Heyman & Bartels 2012, p. 319.

⁸⁴² Zie hierna over de vraag op welk moment de gebreken moeten zijn ontstaan voor een geslaagd beroep op art. 7:19 BW.

⁸⁴³ Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 131 (TM). Uit deze toelichting blijkt tevens dat het zowel om rechtsgebreken als om feitelijke gebreken aan de zaak gaat.

⁸⁴⁴ Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 132 (MvT).

⁸⁴⁵ Heyman & Bartels 2012, p. 284.

⁸⁴⁶ Van Rossum stelt terecht dat ‘de wetenschap van de verkoper met terughoudendheid’ moet worden uitgelegd, ‘[w]il men [...] de ratio van art. 7:19 BW niet ondergraven’ (Van Rossum 1993, p. 135).

destijds bij de totstandkoming van art. 7:19 BW werd voorgesteld, ging volgens de wetgever te ver.⁸⁴⁷

In de veilingvoorwaarden wordt de aansprakelijkheid van de hypotheekhouder veelal nog verder ingeperkt. In de AVVE 2006 bijvoorbeeld wordt in de art. 15, 16 lid 2, 18, 19 lid 4 en 5 en 21 het risico voor feitelijke en juridische gebreken vrijwel volledig bij de koper gelegd.⁸⁴⁸ Hiermee is de hypotheekhouder weliswaar beschermd tegen acties van de koper na de executoriale verkoop, maar aan de andere kant heeft deze aansprakelijkheidsbeperking wel gevolgen voor de opbrengst. Een geïnteresseerde zal immers zijn bod afstemmen op het risico dat hij loopt en zal om deze reden minder bieden naarmate hij meer risico loopt, omdat hij de hypotheekhouder achteraf niet kan aanspreken.

Uit een uitspraak van het Hof Leeuwarden blijkt van de mogelijkheid om de hypotheekhouder *toch* aan te spreken in geval van non-conformiteit.⁸⁴⁹ De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt is als volgt. Op een openbare veiling heeft S het hoogste bod van €325.000,- uitgebracht op een woonboerderij. De dag daarop gunt de hypotheekhouder (Aegon) aan S. Een dag later bericht S aan Aegon dat in de periode tussen het uitbrengen van het bod en de gunning is ingebroken in de woning en dat daarbij schade is ontstaan. S vordert van de hypotheekhouder betaling van deze schade, die hij schat op €22.500,-. Hij voert daartoe een tweetal gronden aan: onrechtmatige daad, wegens onzorgvuldig handelen door de hypotheekhouder, en (althans, daarvan gaat de rechtbank uit) non-conformiteit ex art. 7:17 BW.

Het hof wijst de vordering op grond van art. 6:162 BW, evenals de Rechtbank Leeuwarden eerder deed, af:

‘Onafhankelijk van haar eventuele contractuele verplichtingen, zoals nader bepaald door de door de notaris vastgestelde veilingvoorwaarden, was Aegon niet gehouden ervoor zorg te dragen dat de woning, nadat deze door [S] was afgemijnd, tot het moment dat de zaak zou worden gegund niet door derden zou worden beschadigd. Voor zover [S] zijn

⁸⁴⁷ Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 132 (MvT). Zie echter onderdeel 5.2.5.2 over het onderzoek door de notaris in relatie tot art. 7:19 BW.

⁸⁴⁸ Vgl. dezelfde bepalingen van de AVEA 2001. Zie ook onderdeel 6.3.3.3. Zie echter Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009, 58 m.nt. J.W.A. Biemans (Praedium/Elvestia) over de vraag voor wiens rekening de handhaving van het retentierecht tegenover de veilingkoper komt. In de bijzondere veilingvoorwaarden was het retentierecht niet opgenomen in de lijst met bijzondere lasten en beperkingen, waardoor art. 15 AVEA 2001 (‘[d]e koper aanvaardt de in de bijzondere veilingvoorwaarden vermelde bijzondere lasten en beperkingen’) niet van toepassing was. Mijns inziens is art. 7:19 BW in casu evenmin *wel* van toepassing, omdat uit de bijzondere veilingvoorwaarden volgt dat de hypotheekhouder wel degelijk van het retentierecht *wist*. Goede redactie van de veilingvoorwaarden blijft dus geboden.

⁸⁴⁹ Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JOR* 2011, 351 m.nt. S.E. Bartels.

vordering op een door Aegon begane onrechtmatige daad heeft gebaseerd, heeft de rechtbank deze terecht afgewezen.’

Dit oordeel lijkt mij terecht. Een dergelijke zorgvuldigheidsplicht heeft de eigenaar *wel* en hij zal derhalve ook door de koper kunnen worden aangesproken, maar gaat voor de hypotheekhouder te ver. Uiteindelijk gaat het bij de executoriale verkoop om verhaal van de vordering van de executoriale verkoop en heeft de hypotheekhouder alleen de zorgplicht te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Deze zorgplicht strekt mijns inziens niet zover dat hij ook tegenover de koper verplicht is de woning te beschermen tegen beschadiging door derden. Bij inbeheerneming ex art. 3:267 BW ligt dit anders, zie onderdeel 6.7.

De veilingkoper baseert zijn schadevergoedingsvordering echter ook op non-conformiteit. Deze grondslag heeft meer kans van slagen. Nadat het hof is ingegaan op de hierboven uitgewerkte gedachte achter art. 7:19 BW, overweegt het hof namelijk:

‘Het gaat in deze echter om een bijzonder geval. Hier doet zich niet voor de situatie dat het verkochte object behept blijkt te zijn met een gebrek dat ook reeds daaraan kleefde toen het in veiling werd gebracht, maar het gaat hier om een te verkopen zaak die (althans waarvan gesteld wordt dat deze) nog in orde was ten tijde van het uitbrengen door de bieder van zijn bod maar daarna en nog voordat de verkoper de zaak aan die bieder heeft gegund, beschadigd is geraakt. Het hof is van oordeel dat art. 7:19 BW voor een dergelijk geval niet geschreven is. Terecht memoreert [S] in dit verband dat art. 18 eerste lid van de genoemde algemene veilingvoorwaarden bepaalt dat het registergoed “voor risico” is van de koper “vanaf de gunning”. Zie in dit verband ook art. 19 onder 4 van die voorwaarden dat de bepaling bevat dat indien het registergoed geheel of gedeeltelijk tenietgaat, beschadigd wordt of anderszins in waarde daalt, dit niet aan de verkoper kan worden tegengeworpen. Tevens is in dit verband van belang dat ingevolge art. 4 lid 1 van dezelfde veilingvoorwaarden het uitgebrachte bod onherroepelijk is en de verkoper binnen de termijn genoemd in art. 8 in beginsel kan bepalen of en aan wie hij zal gunnen. De bieder is met andere woorden reeds gebonden op het moment dat hij zijn bod doet, terwijl de koopovereenkomst, zoals bepaald wordt in art. 8 lid 1, eerst tot stand komt door gunning. Het strookt niet met dit samenstel van bepalingen dat de koper het risico van (gedeeltelijk) tenietgaan of beschadiging van de zaak feitelijk reeds draagt vanaf het moment dat hij in de veiling bij afmijning een bod heeft gedaan (en dus niet eerst vanaf het moment van gunning), hetgeen echter wel het gevolg zou zijn indien de executerende verkoper in een geval als het onderhavige de bescherming van art. 7:19 BW zou kunnen invoeren. Het hof is derhalve van oordeel dat [S] terecht bezwaar maakt tegen de toepassing door de rechtbank van art. 7:19 BW in het onderhavige geval.’

In het bijzondere geval waarin een object beschadigd raakt tussen het moment van afmijning en gunning, kan de koper de hypotheekhouder voor door hem geleden schade dus wel degelijk verhalen aanspreken, omdat noch de veilingvoorwaarden noch art. 7:19 BW voor deze situatie aansprakelijkheid van

de hypotheekhouder uitsluiten. Het hof voegt hieraan echter toe dat S zal moeten bewijzen dat hij daadwerkelijk €22.500,- aan schade heeft geleden én dat deze schade is ontstaan in de periode tussen afmijnen en gunnen.

Wat als de schade vóór het afmijnen zou zijn ontstaan? Bartels maakt in zijn annotatie onder het arrest duidelijk dat de reikwijdte van art. 7:19 BW nog iets beperkter moet worden opgevat:

‘Bedacht moet worden dat vanaf het moment dat de executie wordt aangezegd, de kans bestaat dat de geëxecuteerde wat minder zorg aan zijn zaak zal besteden dan voordien. Waarom moet dat risico volledig bij de executiekoper liggen? Op grond van de ratio van de wetbepaling acht ik verdedigbaar dat art. 7:19 BW slechts ziet op gebreken die reeds aan de zaak kleven als de executie wordt ingezet, of voortvloeien uit op dat moment reeds bestaande gebreken. Wat is anders, zo kan ik het hof volgen, nog de betekenis van de bepalingen inzake risico-overgang in de veilingvoorwaarden?’⁸⁵⁰

Voor deze stelling kan nog een argument worden aangevoerd. Op grond van art. 3:267 BW kan de hypotheekhouder, indien de hypotheekgever jegens hem in ernstige mate te kort schiet en de voorzieningenrechter hem machtiging verleent, het verhypothekerde goed in beheer nemen. De wet biedt de hypotheekhouder dan ook de mogelijkheid in te grijpen in geval van (dreigende) waardedaling van het goed. Op deze grond is het redelijk het risico van gebreken tussen het moment van aanzegging van de executoriale verkoop en de gunning in beginsel niet voor rekening van de koper te laten komen.⁸⁵¹ Overigens zal bij gelijklopende veilingvoorwaarden ook bij *onderhandse* executoriale verkoop het risico in beginsel niet op de koper rusten. Hoewel de hypotheekhouder het moment van verkoop (de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter) minder zelf in de hand heeft, zal de redenering van het Hof Leeuwarden ook dan opgaan.

Uit de hofuitspraak blijkt dat het risico van gedeeltelijk tenietgaan niet geheel op de koper rust en dat onder omstandigheden de hypotheekhouder wel degelijk kan worden aangesproken. Daarvoor moet dan wel sprake zijn van non-conformiteit; de uiteindelijk aan de koper te leveren zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst. Hiervoor is ook relevant wat door de notaris (en hypotheekhouder) voorafgaande of tijdens de openbare verkoop is meegedeeld. Overigens had de hypotheekhouder bij het Hof Leeuwarden ook aangevoerd dat tijdens de veiling was meegedeeld dat ‘er zaken uit het pand waren verwijderd’. Een dergelijke mededeling is echter naar het oordeel van het hof, zo blijkt uit een overweging ten overvloede, onvoldoende om ‘te begrijpen dat de gehele

⁸⁵⁰ S.E. Bartels, annotatie onder Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JOR* 2011, 351.

⁸⁵¹ De aanzegging wordt door Bartels (terecht) als startpunt van de executoriale verkoop aangemerkt: S.E. Bartels, annotatie onder Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JOR* 2011, 351. Zie ook onderdeel 5.4.2.1.

keuken uit de woning was verwijderd en dat nog enkele andere zaken waren verdwenen en waren beschadigd.’ Nu niet met zo veel worden is gezegd dat de keuken was verwijderd, had de koper hiermee geen rekening hoeven te houden.

Onder omstandigheden kan overigens ook de hypotheekgever worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, bijvoorbeeld indien door zijn toedoen de zaak beschadigd raakt. Het is echter bij executoriale verkoop de vraag hoeveel verhaal de eigenaar biedt. Schade toegebracht door de hypotheekgever moet in beginsel door hem worden vergoed,⁸⁵² maar vanwege diens veelal slechte financiële situatie zal hij in veel gevallen geen daadwerkelijk verhaal bieden. Daarnaast zal een verzekeringsuitkering (in geval de schade niet is veroorzaakt door de hypotheekgever) afhankelijk zijn van de vraag of de hypotheekgever zijn verzekeringspremie betaald heeft. In de voorwaarden is opgenomen dat de opstalverzekering geen dekking biedt als de verzekerde zijn verplichtingen tot betaling van premie en andere kosten niet voldoet of weigert te betalen. Bovendien kan de verzekeraar de opstalverzekering opzeggen indien de verzekerde zijn premie gedurende een bepaalde tijd niet voldoet. Hierdoor kan de koper de dupe worden van de niet-betaling van zijn verplichtingen uit de opstalverzekering door de hypotheekgever.

6.3.3.3 Risicoverdeling bij executoriale verkoop

Los van de hiervoor vermelde casus die aan het Hof Leeuwarden werd voorgelegd, is het van belang nader aandacht te besteden aan de risicoverdeling bij executoriale verkoop ten opzichte van de reguliere verkoop. In beginsel geldt op grond van art. 7:10 BW dat het goed vanaf het moment van aflevering voor risico van de koper komt.⁸⁵³ Uit art. 7:9 lid 2 BW volgt voorts dat als aflevering wordt aangemerkt de feitelijke bezitsverschaffing.

Voor de executoriale verkoop worden hierop in de veilingvoorwaarden uitzonderingen gemaakt. Art. 18 lid 1 AVVE 2006/AVEA 2001 bepaalt dat het risico overgaat op de koper vanaf het moment van gunning, terwijl aflevering ingevolge art. 19 lid 1 AVVE/AVEA pas plaatsvindt op de dag dat de koopsom moet worden betaald. De koper loopt dus reeds risico vanaf het moment van gunning, terwijl de feitelijke bezitsverschaffing (en de overdracht) aan hem dan nog niet heeft plaatsgevonden.

⁸⁵² Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 1984, *WPNR* (5725) 1985.

⁸⁵³ Het in art. 7:10 BW bepaalde is overigens niet van dwingend recht, nu het bij de executoriale verkoop niet gaat om een consumentenkoop als bedoeld in art. 7:5 lid 1 BW. Art. 7:6 BW is dus niet van toepassing bij de executoriale verkoop van registergoederen. Zie ook Bartels & Heyman 2012, p. 469-475 die erop wijzen dat in de ‘vastgoedpraktijk’ als moment van risico-overgang gewoonlijk het tekenen van de leveringsakte of het moment van eerdere ingebruikneming door de koper wordt genomen.

In het in onderdeel 3.2.1 besproken onderzoek van Ferwerda e.a. wordt de risicoverdeling bij de executoriale verkoop als belangrijke factor voor de lagere opbrengst ten opzichte van de reguliere verkoop aangemerkt, alsmede als een van de redenen voor het wegblijven van particulieren.⁸⁵⁴ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het wetsvoorstel Executieveilingen, dat het bereiken van particulieren als een van de doelen stelt,⁸⁵⁵ beoogt het risico voor de koper te verminderen. Art. 525 lid 4 nieuw-Rv schrijft dwingendrechtelijk voor dat het risico niet eerder overgaat dan bij inschrijving van het proces-verbaal van veiling in de openbare registers. Hiermee is het moment van risico-overgang aan de koper gelijk aan dat van de reguliere verkoop (art. 7:10 BW), namelijk bij de eigendomsoverdracht.

Ten behoeve van de analyse van deze wetswijziging, wijs ik allereerst op het onderzoek van Brounen en de bespreking van het artikel van Akerlof in onderdeel 3.2.2 respectievelijk 4.4.2.1. Brounen stelt in zijn onderzoek dat de ‘prijskortingen’ verschillen per soort object; voor ‘vooorlogse vrijstaande en bovenwoningen, die in omvang afwijken van het gemiddelde en gesitueerd zijn in arme wijken’ is de prijskorting het hoogst. Brounen wijt dit aan de informatievoorziening.⁸⁵⁶ Omdat geïnteresseerden niet bekend zijn met de staat van onderhoud bouwen zij uit voorzorg een prijskorting in. Uit het onderzoek van Akerlof komt het belang van informatievoorziening voor prijsvorming eveneens naar voren. Om deze reden zet ik een aantal vraagtekens bij de oplossing van de wetgever in het wetsvoorstel.

In de eerste plaats toont het onderzoek van Brounen aan dat per object onderscheid gemaakt kan worden in de te verwachten opbrengst. Als gevolg hiervan lijkt de standaardmarge van vijftien procent die hypothecair financiers gebruiken bij de verstrekking van een lening tegen hypothecaire zekerheid om de executiewaarde ten opzichte van de marktwaaarde van de woning te bepalen niet gerechtvaardigd, ook niet als *gemiddelde* marge.⁸⁵⁷ Een taxatie van de executiewaarde per object ligt, gezien de uitkomsten van het onderzoek van Brounen, meer voor de hand. Op deze wijze kan de hypotheekhouder reeds bij de financiering rekening houden met de te verwachten opbrengst.

Daarnaast zou betere informatievoorziening aan geïnteresseerden, indachtig het artikel van Akerlof, een groot deel van de problematiek kunnen oplossen. In ieder geval zal het mogelijk worden een reëel bod te doen op het goed, indien de

⁸⁵⁴ Ferwerda e.a. 2007, p. 118-120. Zie ook Keirse e.a. 2009, p. 159.

⁸⁵⁵ Zie onderdeel 4.3.2.3.

⁸⁵⁶ Brounen 2008, p. 29.

⁸⁵⁷ Vgl. Brounen 2008, p. 26.

geïnteresseerde daadwerkelijk de mogelijkheid wordt geboden het goed vóór de verkoop te bezichtigen en zo, mede aan de hand van een taxatierapport en een bouwkundig rapport, een inschatting te maken van de kosten waarvoor hij gesteld zal worden. In hoeverre de wettelijke regeling aanpassing verdient, zodat bezichtiging en taxatie vóór de verkoop een standaard-mogelijkheid wordt, wordt in onderdeel 6.7 besproken. Voor dit onderdeel is van belang dat dergelijke maatregelen kosten meebrengen voor de hypotheekhouder en het dus niet steeds in het belang van de netto-opbrengst is van deze bevoegdheden gebruik te maken. Het gebruik van de bevoegdheden is met name aangewezen bij objecten die daadwerkelijk interessant zijn voor particulieren.

Ten derde, stel dat de koper voor schade in de periode tussen gunning en overdracht de hypotheekhouder als verkopende partij kan aanspreken.⁸⁵⁸ In hoeverre is het rechtvaardig deze risico's geheel op de hypotheekhouder, niet zijnde eigenaar van het goed, af te wenden? En, in hoeverre zal de hypotheekhouder met deze risico's reeds bij de kredietverstrekking rekening houden, met als gevolg dat de koper van een woning zich met terughoudendheid van financiers geconfronteerd ziet? In een artikel over het concept-wetsvoorstel Executieveilingen merkt Strengers op:

‘Kritische opmerkingen zijn gemaakt over onder meer de voorgestelde kostenverdeling en het verschuiven van het moment van de risico-overdracht. Hier was volgens een aantal mensen sprake van een bepaalde mate van “overkill”; de balans was te ver doorgeschoten ten gunste van de koper. [...]

Ook werd opgemerkt dat de risico-overgang, reeds na de levering geen goed idee is. Dit zou fraude in de hand werken. De koper zou bewust iets kunnen (laten) vernielen na het moment van gunnen aangezien hij de kosten van herstel toch nog niet draagt.’⁸⁵⁹

De hypotheekhouder kan dit risico in zekere mate beperken door gebruik te maken van de bedingen van art. 3:267 BW.⁸⁶⁰ Ik vraag mij af of dit voldoende rechtvaardigt dat de hypotheekhouder alle risico's draagt *en* of het risico door inbeheerneming en onder zich nemen voldoende afgedekt kunnen worden. Naar mijn verwachting zal een dergelijke regeling daarnaast gevolgen hebben voor de bereidheid van financiers om krediet te verstrekken voor de aankoop van woonruimte. Deze gevolgen zal de wetgever bij de invoering van een bepaling als art. 525 lid 4 nieuw-Rv voor ogen moeten houden, zeker gezien het meermaals vermelde belang van hypothecaire financiering voor het eigenwoningbezit.

⁸⁵⁸ Zie over de mogelijkheden hiertoe onder de huidige regeling: Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JOR* 2011, 351 m.nt. S.E. Bartels, waarover hierna meer.

⁸⁵⁹ Strengers 2011, p. 300.

⁸⁶⁰ Zie onderdeel 6.7.

6.3.3.4 Verkoop aan hypotheekhouder en hypotheekgever?

Een laatste aspect dat nog aandacht verdient, betreft de mogelijkheid van de hypotheekhouder en hypotheekgever om bij executoriale verkoop te kopen. Voor de hypotheekhouder zou dit betekenen dat hij koopt van zichzelf, terwijl voor de hypotheekgever geldt dat hij een aan hem toebehorend goed koopt. Over de mogelijkheid van koop door de hypotheekhouder is de parlementaire geschiedenis duidelijk:

‘Voorts is er een opmerking waaruit blijkt dat ook de hypotheekhouder zich zelf als koper mag aanbieden [...]. Hier kan men zich afvragen of dit, mede gezien het vijfde lid, niet uitdrukkelijk moet worden bepaald. [...]

Overigens is, wat het tweede punt betreft, een uitdrukkelijke bepaling niet opgenomen omdat in het executierecht als uitgangspunt geldt dat iedereen, dus ook de hypotheekhouder zelf, een bod mag doen.’⁸⁶¹

Er bestaat geen bezwaar tegen aankoop door de hypotheekhouder.⁸⁶² Allereerst koopt de hypotheekhouder het goed hier als resultaat van de executoriale verkoopprocedure. Deze procedure is met de nodige waarborgen omgeven teneinde te voorkomen dat het goed voor een te lage prijs wordt verkocht. Zo zal de notaris in beginsel niet mogen meewerken aan het passeren van een akte van gunning waarin het goed voor een te lage prijs wordt verkocht, en zal de voorzieningenrechter bij een verzoek dat de verkoop onderhands zal geschieden beoordelen of het goed niet voor een te lage prijs wordt verkocht.

Omdat de executoriale verkoopprocedure wordt doorlopen, is geen sprake van strijd met het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW).⁸⁶³ De hypotheekhouder omzeilt hier immers niet de waarborgen van de executoriale verkoopprocedure door zich het goed bij verzuim toe te eigenen, maar wordt als hoogste bieder aangemerkt na de executoriale verkoopprocedure. Nu de formaliteiten van de executoriale verkoop in acht zijn genomen, kan de positie van de hypotheekhouder hier worden vergeleken met de positie van iedere andere koper bij executoriale verkoop. De afwikkeling van deze verkoop dient dan ook te geschieden volgens de in het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven regels.

⁸⁶¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 825-826 (MO).

⁸⁶² Bezien vanuit de wettelijke regeling kan dit eigenlijk geen koop zijn, in art. 7:1 BW staat immers dat koop de overeenkomst is waarbij *de een* zich verbindt een zaak te geven en *de ander* om daarvoor een prijs te betalen. Bij aankoop door de hypotheekhouder zijn koper en verkoper dezelfde persoon. Nu sprake is van een bijzondere constructie (zie onderdeel 6.3.3) lijkt een aankoop door de hypotheekhouder wel mogelijk.

⁸⁶³ Vgl. Verhagen 2009, p. 144. Zie over het toe-eigeningsverbod onderdeel 6.4.

Meer moeite heb ik met de aankoop door de *hypotheekgever* bij de executoriale verkoop. Het bovenstaande citaat lijkt ook de hypotheekgever de mogelijkheid te geven mee te bieden en koper te worden van het ter veiling aangeboden goed, nu gesteld wordt dat *iedereen* een bod mag doen. De wettelijke regeling biedt de hypotheekgever echter een bijzondere mogelijkheid om de overdracht van zijn woning als gevolg van executoriale verkoop te voorkomen. Tot het tijdstip van gunning of toewijzing door de voorzieningenrechter geldt immers op grond van art. 3:269 BW (de koop) dat de hypotheekgever (maar ook een derde) recht heeft om te lossen, dat is de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt en de reeds gemaakte kosten van executie.⁸⁶⁴ Als gevolg van de lossing gaat het hypotheekrecht op het goed teniet, waardoor executoriale verkoop (alsnog) voorkomen wordt.⁸⁶⁵

Buiten de mogelijkheid van lossing kunnen zich ook situaties voordoen waarin de (mede-)eigenaar het goed wenst aan te kopen bij executie. Zo bespreekt Bregstein het voorbeeld van ex-gehuwden, waarbij een van hen het goed wenst te kopen.⁸⁶⁶ Kraan geeft het voorbeeld van de juridisch eigenaar die de onroerende zaak wil kopen, indien de economisch gerechtigde zijn verplichtingen niet nakomt.⁸⁶⁷

Bregstein acht aankoop mogelijk, maar geeft aan dat sprake is van *afkoop* van de hypotheekhouder.⁸⁶⁸ Deze afkoop is mijns inziens te vergelijken met lossing van art. 3:269 BW. Daarop zijn dan ook de regels van art. 3:269 BW van toepassing, waardoor de hypotheekgever gehouden is niet alleen de gehele hypothecaire vordering te betalen, maar tevens de kosten van executoriale verkoop.⁸⁶⁹ Het hypotheekrecht gaat hiermee teniet en de executoriale verkoop door de hypotheekhouder kan niet worden doorgezet.⁸⁷⁰

Kraan stelt dat koop door de hypotheekgever bij executoriale verkoop mogelijk is en dat deze slechts in zoverre verschilt van de koop door anderen dat:

⁸⁶⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 828 (TM).

⁸⁶⁵ Zie onderdeel 5.3.2.2 en 6.2.4.3.

⁸⁶⁶ Bregstein 1955, p. 520. Bij de casus van Bregstein ligt het verschil met lossing hierin dat na de lossing de ex-echtgenoten beiden eigenaar van het goed blijven, waarbij degene die gelost heeft een recht op vergoeding toekomt ex art. 1:95 lid 2 BW (reprise), terwijl bij aankoop de ex-echtgenoot volledig eigenaar zal zijn.

⁸⁶⁷ Kraan 1998, p. 724-726.

⁸⁶⁸ Bregstein 1955, p. 520.

⁸⁶⁹ Zie over het bedrag waartegen gelost kan worden onderdeel 5.3.2.2.

⁸⁷⁰ Vgl. Kraan 1998, p. 725. Overigens spreekt Bregstein aan het slot van zijn betoog ook over koop door de eigenaar. Hij stelt daar dat koop door de ex-echtgenoot hetzelfde rechtsgevolg heeft 'als wanneer zij tussen A en B ware tot stand gekomen nl. die van een scheiding en deling.' (Bregstein 1955, p. 520.)

‘de levering van het goed zelf vervangen wordt door de levering van het aan de hypotheekhouder toekomende recht om over de zaak te beschikken. Dat ook voor deze levering een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers vereist is lijkt mij in overeenstemming met de wet’.⁸⁷¹

Van Velten geeft aan het niet met Kraan eens te zijn:

‘Dat een hypotheekgever op de veiling niet als koper kan optreden, lijkt vanzelfsprekend: men kan immers niet van zichzelf kopen. Toch komt dat in de praktijk wel eens voor. Wellicht kan men echter het bod gedaan door de (enig) eigenaar zien als een voorstel aan de executerende hypotheekhouder om diens recht af te kopen. [...] Van een eigendomsoverdracht – en derhalve de heffing van overdrachtsbelasting – zal echter geen sprake zijn.’⁸⁷²

Van Velten is (in mijn ogen terecht) van mening dat de hypotheekgever in beginsel niet als koper kan optreden. Minder juist is dat Van Velten als argument gebruikt ‘men kan immers niet van zichzelf kopen’. Bij executoriale verkoop is daarvan nu juist geen sprake, omdat het de hypotheekhouder is die verkoopt. Bedoeld zal zijn dat de hypotheekgever zijn eigen goed niet kan aankopen.

Een bod door de hypotheekgever zal dan ook alleen kunnen gelden als lossing ex art. 3:269 BW; aankoop door de hypotheekgever is niet mogelijk. Dit is mede een gevolg van het feit dat de hypotheekhouder bij executoriale verkoop aan alle gegadigden hetzelfde goed aanbiedt. De hypotheekgever kan hierdoor niet met de hypotheekhouder onderhandelen over bijvoorbeeld de aankoop van onvolledige eigendom, zoals Pothier beschrijft:

‘Quoique je ne puisse acheter ma propre chose, néanmoins si je n’ai qu’une propriété imparfaite d’une chose, je puis acheter ce qui me manque à mon droit de propriété. Pareillement, si quelqu’un avait quelque droit par rapport à une chose qui m’appartient, puta, si j’en étais débiteur envers lui, la vente qu’il me ferait de cette chose serait valable, et elle serait censée être la vente du droit qu’il avait par rapport à cette chose.’⁸⁷³

⁸⁷¹ Kraan 1998, p. 726.

⁸⁷² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 417, waarbij Van Velten verwijst naar Bregstein 1955, p. 520.

⁸⁷³ Pothier, zoals geciteerd door Bregstein, 1955, p. 520. Kraan vertaalt dit als volgt: ‘Hoewel ik niet mijn eigen zaak kan kopen kan ik toch, als ik een onvolledige eigendom van een zaak heb, kopen wat aan mijn eigendom ontbreekt. En zo, als iemand enig recht heeft op een zaak die aan mij in eigendom toebehoort, kan ik die zaak van hem kopen en die koop, die geldig is, moet worden beschouwd als de koop van het recht dat hij met betrekking tot de aan mij toebehorende zaak heeft.’ (Kraan 1998, p. 725).

De hypotheekhouder kan bij executoriale verkoop slechts het goed verkopen zoals dat aan hem in zekerheid is gegeven en kan dit alleen doen door uitvoering van de wettelijk daarvoor voorgeschreven executoriale verkoopprocedure. De hypotheekhouder kan bij de verkoop de door de hypotheekgever aangegane persoonlijke verplichtingen, alsmede de na de vestiging van zijn recht tot stand gekomen (beperkte en in principe ook ‘hybride’) rechten negeren.⁸⁷⁴ Bovendien heeft de executoriale verkoop en overdracht tot gevolg dat zuivering optreedt, waardoor alle hypotheken op het goed tenietgaan, gelegde beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten vervallen. Kraan merkt dit ook op:

‘Het is duidelijk dat de hypotheekhouder niet de verbonden onroerende zaak aan de eigenaar kan verkopen, want van een koopovereenkomst is alleen sprake als daaruit de verplichting tot levering voortvloeit en die verplichting is in deze omstandigheden onbestaanbaar.’⁸⁷⁵

Vervolgens geeft Kraan echter aan dat dit niet in de weg staat aan aankoop door de hypotheekgever. Kraan stelt namelijk dat de koopovereenkomst moet worden uitgelegd als een koop van ‘het recht dat de hypotheekhouder met betrekking tot de zaak heeft, het recht om over de zaak te beschikken.’ Een dergelijke constructie lijkt mij echter moeilijk te verenigen met wat in dit onderdeel is betoogd over hetgeen bij executoriale verkoop verkocht wordt. De conclusie is dan ook dat de hypotheekhouder, ondanks de executieleer, *wel*, maar de hypotheekgever *niet* kan kopen bij executoriale verkoop.

6.4 Het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en het verbod tot verhaal op andere wijze dan voorgeschreven (art. 3:268 lid 5 BW)

Voor een goed begrip van het verhaalsrecht van de hypotheekhouder is het ook van belang te analyseren in hoeverre de hypotheekhouder andere mogelijkheden van verhaal ter voldoening van zijn vordering ten dienste staan dan de in art. 3:268 BW voorgeschreven wijzen. Hierbij gaat het niet om de in de onderdeel 6.1 besproken mogelijkheid van verhaal door middel van beslag, maar om mogelijkheden om in afwijking van de wettelijke procedure eenzelfde resultaat als een verkoop ex art. 3:268 BW te bereiken. Dat houdt in dat het goed wordt verkocht en geleverd door de hypotheekhouder, waarna zuivering ex art. 3:273 BW plaatsvindt en de belanghebbenden overeenkomstig de regeling van art. 3:270 en 3:271 BW meedelen in de verdeling van de opbrengst.

Voor deze analyse zijn het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW en het in art. 3:268 lid 5 BW opgenomen verbod op een andere wijze van verhaal van belang. Deze bepalingen lijken immers een andere wijze van verhaal uit te sluiten.

⁸⁷⁴ Zie hierover meer in onderdeel 6.5.

⁸⁷⁵ Kraan 1998, p. 726.

Hierna wordt uitgewerkt in hoeverre dit daadwerkelijk het geval is. Daartoe wordt onder 6.4.1 eerst de *ratio* van beide bepalingen beschouwd.

6.4.1 De ratio van het verbod van art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW

Het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW is, zoals in onderdeel 2.2.3 reeds besproken, in de zeventiende eeuw ingesteld. Bij het uitvaardigen van het verbod op toe-eigening door keizer Constantijn werd ook de reden voor het verbod vermeld:

‘Omdat onder de bedriegerijen vooral de grofheid van het toeëigeningsbeding bij pandrechten toeneemt, willen wij dat beding de kop indrukken en de herinnering eraan voor de toekomst uitbannen. Als derhalve iemand het slachtoffer is van zo’n beding, kan hij opgelucht ademen door deze maatregel, die met de vroegere clausules ook de huidige afstoot en de toekomstige verbiedt.’⁸⁷⁶

Verhagen geeft aan dat de behoefte aan dit edict moet worden gezien in het licht van de economische omstandigheden van destijds.⁸⁷⁷ In de eerste decennia van de vierde eeuw was sprake van een hoge inflatie, waardoor de waarde van het onderpand het uitgeleende bedrag vaak overtrof. In een dergelijk geval is het voor de schuldeiser niet gunstig het onderpand te verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen, onder gehoudenheid van uitkering van het overschot aan de schuldenaar. Door in plaats daarvan te bedingen dat hij zich het goed mag toe-eigenen, komt de overwaarde aan hem toe in plaats van aan de schuldenaar. De hypotheekhouder kon een zodanig bezwaarlijk beding waarschijnlijk overeenkomen, aldus Verhagen, omdat hij vanwege de schaarste aan krediet in een zodanige machtspositie verkeerde.

Hiermee lijkt de ratio van het toe-eigeningsverbod, zoals deze onder het Romeinse Recht is ontstaan, te liggen in het voorkomen van misbruik door de hypotheekhouder waardoor hem bij verzuim van de hypotheekgever meer toekomt dan waarop hij op grond van het hem verleende hypotheekrecht recht zou hebben.⁸⁷⁸ Verhagen stelt dat dit verbod zowel zag op de eigenlijke vervalbedingen, die tot rechtstreekse eigendomsovergang leidden, als op oneigenlijke vervalbedingen, waarvoor een andere rechtsgrond voor eigendoms-overgang nodig was. Voor zover deze bedingen beogen de *overwaarde* van het

⁸⁷⁶ C. 8, 34, 3 Imp. Constantinus A. *ad populum* (vertaling Lokin 2008, p. 193). Zie hierover ook onderdeel 2.2.3 en de aldaar vermelde literatuur.

⁸⁷⁷ Verhagen 2009, p. 84-85.

⁸⁷⁸ Vgl. Verhagen 2009, p. 85: ‘De ratio van het verbod is dat voorkomen moet worden dat de overwaarde ten goede komt aan de schuldenaar.’

goed aan de schuldeiser ten goede te doen komen, worden zij door het verbod van Constantijn getroffen.⁸⁷⁹

Ook in de literatuur met betrekking tot het Oud-Burgerlijk Wetboek en de huidige literatuur is deze ratio te vinden. Onder meer Land stelt dat de hypotheekgever bescherming verdient tegen een voor hem ongunstig beding dat ervoor zorgt dat de overwaarde van het goed zonder meer toekomt aan de hypotheekhouder, in ieder geval bij het aangaan van de hypothecaire geldlening. De hypotheekgever bevindt zich op dat moment in een afhankelijke positie ten opzichte van de kredietverstrekker:

‘De schuldenaar zoude in dat beding kunnen toestemmen, niet bedenkende dat hij op den vervaldatum allicht het verschuldigde niet bijeen zal kunnen brengen, en het goed is meestal meer waard dan de schuld; de schuldeischer zou zich dus kunnen bevoordelen, en de wetgever acht dit onbillijk.’⁸⁸⁰

Naast dit element ontwaart Verhagen nog een tweede element van het toe-eigeningsverbod. In zijn bespreking van het ongeldige vervalbeding onder het *ius commune* stelt Verhagen dat naast het element van toedeling van de overwaarde aan de schuldeiser, voor ongeldigheid tevens vereist is dat het vervalbeding gericht is op het *verzuim* van de hypotheekgever dat in de toekomst mogelijk plaatsvindt.⁸⁸¹ Zo bezien is het wel mogelijk om *na* het aangaan van de hypothecaire lening overeen te komen dat het goed aan de hypotheekhouder in eigendom overgaat,⁸⁸² omdat de hypotheekgever dan niet meer in een afhankelijke positie verkeert.

Dat doet de vraag opkomen of ook voor het huidige recht mag worden aangenomen dat het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW slechts ziet op een beding bij het *aangaan* van de hypothecaire geldleningsovereenkomst. Van Velten lijkt deze mening toegedaan:

⁸⁷⁹ Verhagen 2009, p. 86-87. Bedingen waarbij uitgegaan werd van de ‘werkelijke waarde van de zaak en een toedeling van de overwaarde aan de pandgever’ werden zo bezien niet door het verbod getroffen.

⁸⁸⁰ Land II 1902, p. 364. Zie ook: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 63; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 758; Diephuis 1886, p. 473; Opzoomer 1876, p. 596. Vgl. de opmerking van Op den Hooff tijdens de parlementaire behandeling van art. 1200-1202 OBW: Voorduin IV 1838, p. 429. Hoewel Op den Hooff hier lijkt te spreken over de verpanding van effecten, maakt hij hier een vergelijking met de hypothecaire geldlening. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 3, p. 776 (TM).

⁸⁸¹ Verhagen 2009, p. 88-112.

⁸⁸² Vgl. Verhagen, p. 88 en 112. Onder het oud-vaderlandse recht werd hiertegen anders aangekeken: Verhagen 2009, p. 127-134.

‘Dit verbod [het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW, IV] staat er uiteraard niet aan in de weg dat na het opeisbaar worden der hypothecaire vordering het verbondene door de hypotheekverlener ter voldoening van zijn schuld aan de schuldeiser in eigendom wordt overgedragen.’⁸⁸³

Verhagen stelt dat onder de huidige Europese codificaties veelal wordt aangenomen dat toe-eigening na het aangaan van de geldlening wel mogelijk is:

‘De inhoudelijke motivering van deze regel is waarschijnlijk afkomstig van Revigny: indien de lening al verstrekt is, is de schuldenaar niet meer uit noodzaak gedwongen het vervalbeding te aanvaarden. Deze motivering wordt nog steeds aangevoerd ter onderbouwing van de regel die men in de meeste huidige Europese codificaties aantreft en die inhoudt dat zodra er sprake is van verzuim de schuldeiser en schuldenaar kunnen afspreken dat het onderpand wordt verkocht of in betaling gegeven.’⁸⁸⁴

De Nederlandse wetgever echter lijkt echter, wat het hypotheekrecht betreft, een andere mening toegedaan. Dit blijkt uit art. 3:251 BW, geschreven met het oog op verzuim van de pandgever, en art. 3:268 lid 5 BW. In de bepaling voor het pandrecht is in het eerste lid de mogelijkheid opgenomen dat het pand voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen prijs aan de pandhouder kan verblijven.⁸⁸⁵ Op grond van art. 3:251 lid 2 BW heeft de pandhouder voorts de mogelijkheid om met de pandgever een andere wijze van verkoop overeen te komen, waarbij ook kan worden afgesproken dat de pandhouder het pand koopt.⁸⁸⁶ Voor het pandrecht bestaat op grond van de wet niet de mogelijkheid dat de pandhouder en pandgever in geval van verzuim een eigenlijk (goederenrechtelijk) vervalbeding overeenkomen, buiten het geval van toe-eigening met rechterlijke goedkeuring.

Voor het hypotheekrecht ontbreekt een met het pandrecht vergelijkbare regeling. Sterker nog, als art. 3:235 BW en art. 3:268 lid 5 BW tezamen worden beschouwd, is het bij verzuim van de hypotheekgever in het geheel niet mogelijk een alternatieve wijze van verhaal (zoals toe-eigening) overeen te komen. In onderdeel 5.4.1.2 is reeds besproken dat het verbod van art. 3:268 lid 5 BW ziet op het *executoriale karakter* dat aan de verkoop wordt toegekend, indien deze op de voorgeschreven wijze heeft plaatsgevonden.⁸⁸⁷ Hiermee sluit art. 3:268 lid 5 BW aan op het verbod van art. 3:235 BW en zal in geval van verzuim steeds de procedure van art. 3:268 BW moet worden doorlopen, wil sprake zijn van een executoriale verkoop. De verstreckende gevolgen die een

⁸⁸³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 383.

⁸⁸⁴ Verhagen 2009, p. 149.

⁸⁸⁵ In art. 3:251 lid 1 BW is bewust gekozen voor de term ‘verblijven’ in plaats van ‘aan hem als koper in eigendom zal overgaan’, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 781 (VV).

⁸⁸⁶ Verhagen 2009, p. 144.

⁸⁸⁷ Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (TM).

executoriale verkoop voor de betrokkenen heeft, brengen mee dat zij alleen intreden indien in het openbaar of onderhands is verkocht op de wijze die in het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is voorgeschreven. Deze conclusie lijken ook Verstappen & Bartels toegedaan:

‘Voor de schuldenaar/hypotheekgever betekent dit verbod ongetwijfeld een zekere bescherming: de eigendom kan niet “zomaar” worden toegeëigend door de schuldeiser, terwijl een ambtelijke procedure hem de zekerheid verschaft dat de openbare verkoop op ordentelijke wijze zal plaatsvinden.’⁸⁸⁸

Het onderscheid met het door Verhagen beschreven *ius commune* is erin gelegen dat het huidige BW voor pand- en hypotheekrecht nauwkeurig vastlegt hoe het verhaal moet geschieden. Voor de pandhouder voorziet art. 3:251 BW als gezegd in een aantal mogelijkheden om bij verzuim van de pandgever van de hoofdregel van openbare executoriale verkoop af te wijken. De hypotheekhouder heeft op grond van de wet slechts twee mogelijkheden: openbare executoriale verkoop en onderhandse executoriale verkoop. De rechtvaardiging hiervoor is mijns inziens gelegen in de in hoofdstuk 4 besproken uitgangspunten op macroniveau: het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst en het waarborgen van de belangen van de betrokkenen.

6.4.2 Alternatieven voor de voldoening van de hypothecaire vordering

Uit het bovenstaande volgt dat de verbodsbepalingen art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW sterk samenhangen. Anders dan in de literatuur wel is aangenomen, staat het de hypotheekhouder thans niet vrij een andere wijze van verhaal overeen te komen met de hypotheekgever. Dat doet de vraag opkomen of het de hypotheekhouder en hypotheekgever evenmin is toegestaan een alternatieve wijze voor de *voldoening* van de vordering van de hypotheekhouder overeen te komen.

Deze vraag speelt met name in tijden waarin de wettelijke verkoopprocedure als weinig efficiënt en effectief worden ervaren, zoals in de huidige tijd.⁸⁸⁹ Zo staat sinds een aantal jaren de mogelijkheid tot (reguliere) verkoop door middel van een onherroepelijke volmacht in de belangstelling.⁸⁹⁰ Deze onherroepelijke volmacht leidt ertoe dat de hypotheekhouder bevoegd is het goed *namens* de eigenaar te verkopen en over te dragen. De mogelijkheid van een onherroepelijke volmacht wordt hieronder als voorbeeld gebruikt voor een analyse van

⁸⁸⁸ Verstappen & Bartels 2011, p. 321.

⁸⁸⁹ Zie hoofdstuk 3.

⁸⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: M. Lindenhovius, ‘Omzeilen executie door onderhandse verkoop. “Het toverwoord is communicatie”’, *Notariaat Magazine* december 2008, p. 7-9. Naar dit artikel verwijst ook Schoordijk 2009, p. 211.

de mogelijkheden voor een alternatieve wijze voor de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder.

De opkomst van de onherroepelijke volmacht heeft geleid tot de vraag of het gebruik hiervan in strijd komt met het toe-eigeningsverbod dan wel het verbod van art. 3:268 lid 5 BW. Zo vraagt notaris Erkamp zich in het *Notariaat Magazine* af:

‘of het afgeven van de onherroepelijke volmacht tot verkoop niet neigt naar het verbod van toe-eigening van art. 3:235 van het Burgerlijk Wetboek (BW). “Want,” zo zegt hij, “handel je als hypotheeknemer op deze manier niet als ware je eigenaar? Helemaal als de koper van het pand ook nog eens een aan de bank gelieerde partij is.”’⁸⁹¹

Schoordijk reageert hierop en stelt:

‘Zelf kom ik aan deze vraag niet toe. Verkoop op grond van een onherroepelijke volmacht is nietig omdat bepalingen van executie uit hun aard van openbare orde zijn, hetgeen voor een goed begrip niet inhoudt dat de voorzieningenrechter niet buiten de tekst van de wet kan omgaan, wanneer dit door de bijzondere omstandigheden geboden is.’⁸⁹²

Erkamp en Schoordijk stellen hier uitdrukkelijk de geldigheid van de onherroepelijke volmacht ter discussie op grond van de hierboven besproken verbodsbepalingen.⁸⁹³ Het is daarom interessant te bezien, in hoeverre art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW leiden tot de conclusie dat het in praktijk opgekomen gebruik van een onherroepelijke volmacht tot nietigheid van de rechtshandeling leidt. Waar het hierboven ging om mogelijkheden om een andere wijze van *verhaal* overeen te komen, ziet het onderstaande op de mogelijkheid om in onderling overleg tot een andere wijze van *voldoening van de vordering* te komen, *anders* dan door verhaal. Ofwel, in hoeverre staan de art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW ook in de weg aan de afspraken tussen de hypotheekhouder en hypotheekgever die niet leiden tot verhaal, maar tot *reguliere* verkoop om daarmee de vordering van de hypotheekhouder zo veel mogelijk te voldoen?

6.4.2.1 Strijd met (de strekking van) art. 3:235 BW?

Erkamp stelt dat de verkoop op grond van de onherroepelijke volmacht bedreigd wordt met nietigheid vanwege het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW, omdat de hypotheekhouder handelt ‘als ware hij eigenaar’. Verstappen & Bartels merken in reactie hierop op dat in ieder geval ‘naar de letter genomen

⁸⁹¹ Lindenhovius, *Notariaat Magazine* december 2008, p. 8.

⁸⁹² Schoordijk 2009, p. 212.

⁸⁹³ Overigens ziet Van Velten in deze bepalingen geen bezwaar: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 393.

geen sprake [is] van toe-eigenen' wanneer de hypotheekhouder overgaat tot verkoop en levering op grond van een onherroepelijke volmacht.⁸⁹⁴ De hypotheekhouder eigent zich het goed immers niet toe, maar verkoopt het goed als vertegenwoordiger van de eigenaar. Het lijkt mij dan ook juister te analyseren in hoeverre de verkoop op grond van de onherroepelijke volmacht in strijd komt met de *strekking* van art. 3:235 BW, in plaats van te beschouwen of deze verkoop *naar de letter* in strijd komt met art. 3:235 BW.

Die strekking van art. 3:235 BW ligt, zo blijkt uit onderdeel 6.4.1, niet zozeer in het voorkomen van handelingen van de hypotheekhouder als ware hij eigenaar, maar in het voorkomen van benadeling aan de zijde van de hypotheekgever en ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de hypotheekhouder.⁸⁹⁵ Het is daarom de vraag of de hypotheekhouder door het gebruik van de onherroepelijke volmacht ongerechtvaardigd verrijkt, terwijl de hypotheekgever wordt benadeeld.

In beginsel is van onrechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder en benadeling van de hypotheekgever geen sprake. De hypotheekhouder verkoopt en levert op grond van de volmacht de woning van de hypotheekgever. De meeropbrengst (het verschil tussen de verkoopprijs en de hypothecaire vordering) komt toe aan de hypotheekgever (of diens schuldeisers, indien hun roeyement nodig is voor een verkoop vrij van hypotheken en beslagen), terwijl in geval van verlies de hypotheekgever aansprakelijk blijft voor het verschil.⁸⁹⁶ Hiertoe zal de volmacht wel enkele waarborgen moeten bevatten, om te voorkomen dat het goed voor een te lage prijs wordt verkocht en daarmee benadeling van de hypotheekgever ontstaat. Weliswaar zal bij een verkoop voor een te lage prijs de hypotheekhouder in beginsel niet ongerechtvaardigd verrijkt worden (een geval als verkoop aan een dochtermaatschappij van de hypotheekhouder buiten beschouwing gelaten), toch zal de strekking van het toe-eigeningsverbod geweld kunnen worden aangedaan bij verkoop tegen een te lage prijs.

De bepaling van art. 3:235 BW beoogt, zo bleek hierboven, de hypotheekgever die in een afhankelijke positie verkeert te beschermen tegen voor hem nadelige rechtshandelingen. Bij de onherroepelijke volmacht zou men ook kunnen spreken van een dergelijke afhankelijke positie. Immers, de hypotheekgever heeft bij verzuim wellicht weinig andere keus, wanneer het alternatief bestaat uit een executoriale verkoop met hogere kosten en een mogelijk lagere opbrengst. Onder deze omstandigheden bestaat het gevaar dat een hypotheekgever een

⁸⁹⁴ Vgl. Verstappen & Bartels 2011, p. 321.

⁸⁹⁵ Vgl. Groefsema 1993, p. 86-87 over de reikwijdte van de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot overdracht. Zie onderdeel 6.3.2.

⁸⁹⁶ Vgl. Verstappen & Bartels 2011, p. 322.

onherroepelijke volmacht afgeeft aan de hypotheekhouder die voor hem nadelige voorwaarden bevat. In het *Notariaat Magazine* staat het voorbeeld van de onherroepelijke volmacht als pressiemiddel, omdat de hypotheekhouder zonder ondertekening ervan niet wil meewerken aan een betalingsregeling.⁸⁹⁷

Onder omstandigheden kan het gebruik van de onherroepelijke volmacht derhalve wel degelijk in strijd komen met de *strekking* van art. 3:235 BW. In die gevallen is oplettendheid geboden, bijvoorbeeld voor de notaris die het verzoek krijgt de onherroepelijke volmacht op te stellen of de leveringsakte te passeren van de overdracht die voortvloeit uit het gebruik van de onherroepelijke volmacht. In bepaalde gevallen acht ik misbruik van bevoegdheid aanwezig, bijvoorbeeld indien de hypotheekhouder gebruik maakt van de volmacht en de woning voor een aantoonbaar te lage prijs verkoopt aan een derde, waardoor de hypotheekgever onredelijk wordt benadeeld. In uitzonderlijke gevallen kan ook tot nietigheid wegens strijd met de goede zeden worden geconcludeerd. Hartkamp & Sieburgh wijzen op uitspraken waarin de nietigheid wegens strijd met de goede zeden werd uitgesproken, omdat de belangen van een derde onredelijk werden benadeeld.⁸⁹⁸ Bij ernstige benadeling van hypotheekgever zou de koop dan ook op grond van art. 3:40 lid 1 BW nietig kunnen zijn. Verstappen & Bartels stellen nog dat onder omstandigheden de hypotheekhouder aansprakelijk is, als hij de woning voor een te laag bedrag verkoopt.⁸⁹⁹ Dit lijkt mij juist.

6.4.2.2 Strijd met (de strekking van) art. 3:268 lid 5 BW?

Schoordijk stelt dat de verkoop op grond van de onherroepelijke volmacht nietig is, omdat zij in strijd komt met het verbod van art. 3:268 lid 5 BW. De vraag is echter of partijen met de verkoop op grond van de onherroepelijke volmacht beogen een andere wijze van *verhaal* overeen te komen, of dat zij beogen het goed op andere wijze te verkopen voor de voldoening van de vordering van de hypotheekhouder. Het belang voor beide partijen is er in gelegen een hogere opbrengst van het goed te bewerkstelligen dan bij executoriale verkoop het geval zou zijn. Reeds onder het oud-Burgerlijk Wetboek heeft de Hoge Raad – voor het pandrecht – geoordeeld dat het overeenkomen van een andere wijze van voldoening van de vordering mogelijk is, maar dat bij een zodanige wijze van voldoening geen sprake is van verhaal:

‘dat toch die overeenkomst, welke is gesloten nadat de vordering waarvoor het pandrecht was gevestigd opeischbaar was geworden, niet was een overeenkomst, waarbij werd afgeweken van de bij art. 1201 B.W. voorgeschreven wijze van verhaal door den pandhouder, maar slechts eene tusschen partijen gesloten betalings-regeling der

⁸⁹⁷ Lindenhovius, *Notariaat Magazine* december 2008, p. 7.

⁸⁹⁸ Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 344.

⁸⁹⁹ Verstappen & Bartels 2011, p. 322.

opeischbaar geworden schuld, geheel buiten het pandrecht om, zoodat de geïntimeerde, verkopende of verrekenende, gelijk hij deed, dit niet deed krachtens zijn recht van pand, maar krachtens de machtiging hem bij die betalingsregeling verleend.⁹⁰⁰

Voortredenerend op deze uitspraak wordt ook de strekking van de art. 3:235 in verhouding tot art. 3:268 lid 5 BW duidelijk. Op grond van art. 3:235 BW is toe-eigening nooit toegestaan, op grond van art. 3:268 lid 5 BW het overeenkomen van een andere wijze van verhaal evenmin, maar een *vrijwillig* door de hypotheekhouder en hypotheekgever gesloten overeenkomst tot een andere wijze van voldoening van de vordering is mogelijk. In dat geval is echter geen sprake van een executoriale verkoop met alle gevolgen van dien, maar van een reguliere onderhandse verkoop, zoals ook Verstappen & Bartels stellen:

‘De verkoop van het verhypotheekte goed door de bank als gevolmachtigde van de hypotheekgever is geen executie en de hypotheekhouder neemt dus ook geen verhaal op het goed. Dat brengt mee dat de bepalingen over executie toepassing missen. De bank verkoopt en levert niet als beschikkingsbevoegde krachtens haar hypotheekrecht. Er treedt geen zuivering op.’⁹⁰¹

Als gevolg hiervan verliezen hypotheekhouders, beslagleggers en beperkt gerechtigden met een niet-inroepbaar recht hun rechten niet van rechtswege na de overdracht aan de koper, zoals bij executoriale verkoop geschiedt op grond van art. 3:273 BW.⁹⁰² Wil de hypotheekhouder kunnen overgaan tot een verkoop vrij van hypotheeken en beslagen bij gebruik van de onherroepelijke volmacht dan zal hij de schuldeisers met een hypotheek- of beslagrecht om royement moeten vragen. Zij zijn in beginsel niet gedwongen dit royement te verlenen. Zo kunnen zij zelf opkomen voor hun belangen, die bij executoriale verkoop worden beschermd door de formaliteiten van de executoriale verkoop. Om deze reden is van strijd met de *strekking* van art. 3:268 lid 5 BW dan ook in beginsel geen sprake.

Uit de rechtspraak blijkt echter dat onder omstandigheden sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) indien zij dit royement niet verlenen bij een overdracht die plaatsvindt op grond van een onherroepelijke volmacht. Zo volgt uit een arrest van het Hof Leeuwarden wanneer van zodanig misbruik sprake kan zijn:

‘Een dergelijk geval kan zich voordoen indien

- (i) sprake is van een rechtsgeldige onderhandse verkoop en
- (ii) evident is dat – zowel binnen als buiten executie – geen zicht bestaat op voldoening van (een deel van) de vorderingen van de beslagleggers.

⁹⁰⁰ Hoge Raad 17 januari 1929, *NJ* 1929, 622 (Schild/Administratie- & Trustkantoor).

⁹⁰¹ Verstappen & Bartels 2011, p. 322.

⁹⁰² Zie onderdeel 6.5.

De weigering door de beslagleggers leidt dan immers slechts tot onnodige (executie)kosten en mogelijke schade door een verminderde opbrengst, terwijl daar geen enkel voordeel voor de beslagleggers tegenover staat. Het ligt op de weg van de hypotheekhouder die dit stelt aannemelijk te maken dat de beslagleggers hun recht misbruiken.⁹⁰³

Het hof oordeelt echter ook dat misbruik niet te snel mag worden aangenomen. De regeling van executoriale verkoop bevat diverse waarborgen ten behoeve van de belanghebbenden die hun recht na executoriale verkoop (en levering) verloren zien gaan, waardoor hun belangen voldoende zijn beschermd. Een reguliere verkoop biedt deze waarborgen in beginsel niet.⁹⁰⁴ Een schuldeiser kan echter worden gedwongen zijn roeyement te verlenen, indien vaststaat dat met de onderhandse verkoop op grond van de onherroepelijke volmacht een (aanzienlijk) hogere opbrengst kan worden behaald dan bij executoriale verkoop. Dan is handhaving van zijn rechten door de schuldeiser immers slechts schadelijk voor de netto-opbrengst, terwijl zijn belang bij executoriale verkoop nihil is.

6.4.2.3 Een alternatief voor de onherroepelijke volmacht: aanpassing van de procedure van onderhandse executoriale verkoop

In de meeste gevallen zal een verkoop op grond van een onherroepelijke volmacht geldig zijn. Desondanks zal gewaakt moeten worden voor benadeling van de hypotheekgever. Verstappen & Bartels stellen dan ook:

‘Voorts zal de volmacht of last een afgewogen regeling moeten bevatten die voldoende waarborgen voor de schuldenaar/hypotheekgever bevatten.’⁹⁰⁵

Vervolgens noemen zij enkele aandachtspunten voor de praktijk en stellen zij voor dat het ‘wellicht aanbeveling’ verdient voor de KNB om een ‘evenwichtige model regeling’ op te stellen, ‘analoog aan de algemene voorwaarden voor executoriale verkoop, waarlangs een dergelijke verkoop afgewikkeld kan worden.’ De aandachtspunten die Verstappen & Bartels opsommen, lijken sterk op de formaliteiten van de executoriale verkoopprocedure, zoals zij zelf ook opmerken.⁹⁰⁶

Hieruit blijkt dat er wel iets wringt bij de onherroepelijke volmacht, hoezeer deze ook in de huidige tijd onder veel omstandigheden leidt tot een hogere opbrengst en derhalve voor zowel de hypotheekhouder en hypotheekgever een goed alternatief is voor de executoriale verkoop. Bedacht moet worden dat de

⁹⁰³ Hof Leeuwarden 11 januari 2011, *LJN* BP1189.

⁹⁰⁴ Vgl. r.o. 10 in het arrest van het Hof Leeuwarden 11 januari 2011, *LJN* BP1189.

⁹⁰⁵ Verstappen & Bartels 2011, p. 323.

⁹⁰⁶ Verstappen & Bartels 2011, p. 323.

hypotheekgever de regie over de verkoop en overdracht van zijn woning wel degelijk kwijt is, terwijl de formaliteiten van de executoriale verkoop die waarborgen bevatten ter bescherming van het belang van de hypotheekgever en dat van andere betrokkenen niet hoeven te worden nageleefd.

De vraag is dan ook hoe de oorzaak van de opkomst van de onherroepelijke volmacht, namelijk de niet-adequate regelgeving op het gebied van de executoriale verkoop, kan worden weggenomen. Vóór de invoering van het oud-Burgerlijk Wetboek was een soortgelijke vraag aan de orde, toen ook gebruik werd gemaakt van een volmacht om de executoriale verkoopprocedure te vermijden.⁹⁰⁷

In de huidige tijd zou gedacht kunnen worden aan een flexibeler regeling van de onderhandse executoriale verkoopprocedure. Een dergelijke regeling lijkt sterk op de verkoop- en overdrachtsprocedure bij gebruik van een onherroepelijke volmacht, maar bevat ook de waarborgen van de executoriale verkoopprocedure. In onderdelen 4.4.3.3 en 6.3.3.1 is een voorzet gegeven voor een flexibeler regeling van de onderhandse executoriale verkoop. Daardoor kan de openbare veiling op de langere baan worden geschoven en kan een serieuze poging gedaan worden de woning onderhands, maar met de waarborgen van de executoriale verkoopprocedure te verkopen. De procedure van de executoriale verkoop wordt hier ingezet, maar de woning wordt feitelijk langs de reguliere weg verkocht, bijvoorbeeld met behulp van een makelaar. Deze procedure is met name aangewezen indien een woning executoriaal wordt verkocht die ook geschikt is voor (directe) bewoning door particulieren.

Door een daadwerkelijk alternatieve verkoopwijze te bieden wordt beoogd de verkoop ook voor particulieren aantrekkelijk te maken, doordat feitelijk niet wordt afgeweken van een reguliere verkoopmethode. De woning wordt aangeboden via websites als Funda, kan (evenals bij gebruik van de onherroepelijke volmacht) tevoren worden bezichtigd door de geïnteresseerden en de voorwaarden waaronder gekocht wordt zijn transparant. Door gebruik te maken van de reguliere verkoopkanalen kan een andere kopersgroep worden aangesproken. Hiermee kan aan het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst een nieuwe impuls gegeven worden, zonder zeer ingrijpende wijzigingen van de wettelijke regeling.

6.5 De overgang van rechten en verplichtingen bij executoriale verkoop

Bij een beschouwing van de bevoegdheden van de hypotheekhouder tot executoriale verkoop past ook een analyse van de rechten en verplichtingen die bij executoriale verkoop overgaan op de koper. Met deze analyse wordt beoogd een overzicht te geven van de bevoegdheden van de hypotheekhouder om zijn

⁹⁰⁷ Zie onderdeel 2.4.1. Zie over deze *herroepelijke* volmacht Van Nierop 1937, p. 155.

recht tegen te werpen aan derden met recht op het goed. Aan de hand van deze uitwerking kan ook worden gezien in hoeverre een verkoop vrij van rechten en verplichtingen mogelijk is, in het kader van het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

6.5.1 Algemene opmerkingen

Als gevolg van de vestiging van het hypotheekrecht wordt de hypotheekgever niet beschikkings- of handelingsonbevoegd. De hypotheekgever kan het goed opnieuw belasten met een beperkt recht,⁹⁰⁸ het goed vervreemden of een persoonlijke verplichting met betrekking tot het goed aangaan.⁹⁰⁹ Daarbij geldt uiteraard wel dat de hypotheekgever slechts over het goed kan beschikken onder de last van het hypotheekrecht: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.⁹¹⁰

Veelal zal zich eerst bij executoriale verkoop de vraag voordoen hoe de voor en na het hypotheekrecht gevestigde en aangegane rechten en verplichtingen zich verhouden tot het hypotheekrecht.⁹¹¹ In dit onderdeel wordt deze vraag beantwoord voor drie verschillende categorieën: beperkte rechten en beslagen, persoonlijke rechten en zogenoemde ‘hybride rechten’. De laatste zijn rechten die op grond van de wet een bijzonder karakter hebben en daarmee goederenrechtelijk gezien geplaatst kunnen worden tussen beperkte en persoonlijke rechten. In dit onderdeel wordt geen aandacht besteed aan het huurrecht. Vanwege de bijzondere positie van de huurder bij executoriale verkoop en het belang van verkoop vrij van huur voor de netto-opbrengst, wordt aan zijn recht namelijk afzonderlijk aandacht besteed in onderdeel 6.6.

6.5.2 Het hypotheekrecht en beperkte rechten en beslagen

Het Burgerlijk Wetboek bevat een duidelijke regeling voor de gevolgen van executoriale verkoop door de hypotheekhouder voor andere beperkte rechten en beslagen, deels gebaseerd op het adagium *prior tempore, potius iure*: het oudere in tijd is sterker in het recht.⁹¹² Op basis hiervan kan de hypotheekhouder de na

⁹⁰⁸ Zie over de vestiging van een tweede hypotheekrecht bij een obligatoir verbod in de eerste hypotheekakte hiertoe onderdeel 5.2.1.2 en 5.4.2.1, onder 1A.

⁹⁰⁹ Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 353 en 356; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 854; Roes 1970, p. 74.

⁹¹⁰ ‘Niemand kan meer recht op een ander overdragen dan hij zelf heeft.’ (Digesten 50,17,54. Vertaling Lokin 2008, p. 110.) Dit adagium heeft slechts betrekking op goederenrechtelijke rechten (De Liagre Böhl 1983, p. 78).

⁹¹¹ Vgl. Roes 1970, p. 57 (ten aanzien van persoonlijke rechten) en p. 65 (ten aanzien van goederenrechtelijke rechten).

⁹¹² Vertaling Lokin 2008, p. 196. Overigens kan een recht ook hoger in rang komen te staan door rangwisseling ex art. 3:262 BW, zodat de regeling voor de relatie tussen een hypotheekrecht en een ander goederenrechtelijk recht dus niet zuiver door de *prior tempore*-regel is ingegeven. Zie ook de tekst van art. 3:273 BW, waarin wordt →

de vestiging van het hypotheekrecht tot stand gekomen beperkte rechten negeren, in die zin dat zij bij executoriale verkoop niet op de koper overgaan. Bovendien komen deze rechten, alsmede *alle* ingeschreven en beslagen als gevolg van de levering na executoriale verkoop te vervallen en gaan alle hypotheeken teniet (art. 3:273 BW). De ex-gerechtigde krijgt in ruil hiervoor overeenkomstig zijn rang een recht om in beginsel mee te delen in de executie-opbrengst, zo volgt uit art. 3:270, 3:271 en 3:282 BW. Daarnaast is hij gedurende de executoriale verkoopprocedure belanghebbende, waardoor hij een bijzondere positie inneemt waar het betreft de informatievoorzieningen en mogelijkheden om voor zijn belang op te komen, zie onderdeel 4.3.1.1 en tabel 4.1 in het bijzonder.

Deze regeling verschilt op belangrijke punten van de regeling onder het oud-Burgerlijk Wetboek. Voor een goed begrip van de huidige regeling wordt hierna daarom kort stilgestaan bij de punten waarop de regeling verschilt met die onder het oud-Burgerlijk Wetboek.

6.5.2.1 Regeling omtrent gevolgen vestiging beperkte rechten na hypotheek

In het oud-Burgerlijk Wetboek was niets geregeld omtrent de gevolgen van het vestigen van een beperkt recht na het hypotheekrecht.⁹¹³ Dit betekent echter niet dat de situatie veel verschilde van die onder het huidige recht. Door toepassing van het adagium *prior tempore, potius iure* kon de hypotheekhouder bij verhaal de na zijn recht gevestigde beperkte rechten in beginsel negeren.⁹¹⁴

Er zijn echter noemenswaardige verschillen met het huidige recht. Over de zuivering van beperkte rechten na de executoriale verkoop was niets geregeld. Een tenietgaan of verval van rechtswege gelijk art. 3:273 BW vond dan ook niet plaats. De mogelijkheid om in beginsel mee te delen in de verdeling van de opbrengst ter compensatie van het verlies aan rechten ontbrak ook.⁹¹⁵ Aan het eerste aspect, de zuivering van nadien gevestigde rechten, wordt onder 6.5.2.2 meer aandacht besteed. Ten aanzien van het tweede aspect wordt hier nog opgemerkt dat zowel Broekema als Roes destijds aannamen dat de beperkt gerechtigde die zijn recht verloren ziet gaan overeenkomstig zijn rang kon

gesproken over 'beperkte rechten die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden'. Het gaat derhalve niets steeds om beperkte rechten die *na* het hypotheekrecht gevestigd zijn, omdat ook rekening moeten worden gehouden met de mogelijkheid van rangwisseling (art. 3:262 BW) en de mogelijkheid van derdenbescherming, waardoor het beperkte recht niet aan de hypotheekhouder kan worden tegengeworpen: Parl. Gesch. Boek 3, p. 838 (MvA).

⁹¹³ Broekema jr. 1968, p. 10-11. Vgl. Roes 1970, p. 77-84.

⁹¹⁴ Zie voor andere standpunten Roes 1970, p. 77-78.

⁹¹⁵ Broekema jr. 1968, p. 11-12.

opkomen bij de verdeling van de opbrengst.⁹¹⁶ Dat zou betekenen dat zij eenzelfde positie hadden als zij onder het huidige recht hebben op grond van art. 3:270, 3:271 en 3:282 BW.

6.5.2.2 Zuivering van rechtswege van hypotheeken, beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten

Onder het huidige recht gaan alle hypotheeken op grond van art. 3:273 BW na levering ingevolge een executoriale verkoop van rechtswege teniet en vervallen alle beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten.⁹¹⁷ In het oud-Burgerlijk Wetboek was alleen een regeling opgenomen voor het tenietgaan van *hypotheeken*, die echter alleen teniet konden gaan nadat een gerechtelijke rangschikking had plaatsgevonden (art. 1253 e.v. OBW). Het verval van een hypotheekrecht was derhalve afhankelijk van een regeling omtrent de verdeling van de opbrengst. Deze bepaling gold overigens zowel voor een vrijwillige verkoop, zij het onder bepaalde voorwaarden,⁹¹⁸ als voor een executoriale verkoop. Het moge duidelijk zijn welke nadelige gevolgen dit meebracht voor de koper, die de rangregeling moest afwachten alvorens de door de geëxecuteerde op het goed gevestigde rechten vervielen en in de openbare registers konden worden doorgehaald. Meijers stelt bijvoorbeeld:

‘Wanneer een goed bezwaard is met meer dan één hypotheek of daarop beslag is gelegd, moet de koper, die zuivering wil, een gerechtelijke rangschikking doen openen. Dit is een kostbare en tijdrovende procedure die niet in het belang van de bij de executie betrokken partijen is. Bovendien heeft de koper niets uit te staan met de geschillen tussen hen, die het niet eens zijn over de verdeling van de koopprijs. Toch beletten deze geschillen, dat de koper in het register als eigenaar van een onbezwaard goed ingeschreven staat.’⁹¹⁹

In het huidige Burgerlijk Wetboek is de zuivering van niet-inroepbare beperkte rechten en beslagen niet langer afhankelijk van de rangregeling, wat een belangrijke verbetering vormt ten opzichte van het oude recht. De koper hoeft voor het verval van hypotheekrechten, beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten niet meer te wachten op een (gerechtelijke of onderhandse) regeling van

⁹¹⁶ Roes 1970, p. 79-84; Broekema jr. 1968, p. 12. Hierover ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 356.

⁹¹⁷ De zuivering treedt *van rechtswege* op, maar om het resultaat ervan ook in de registers tot uitdrukking te brengen is een verklaring van de voorzieningenrechter nodig (art. 3:273 lid 2 BW). Deze verklaring kan in de registers worden ingeschreven en machtigt de bewaarder tot doorhaling (art. 3:273 lid 3 BW).

⁹¹⁸ Voor zuivering bij vrijwillige verkoop moest sprake zijn van een openbare verkoop ex art. 1255 OBW (zie hierover onderdeel 2.4.2). Bovendien konden de eerste hypotheekhouder en hypotheekgever voor vrijwillige verkoop de zuivering uitsluiten met het beding van niet-zuivering (art. 1254 lid 2 en 3 OBW).

⁹¹⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 830 (TM).

de schuldeisers ten aanzien van de verdeling van de koopsom. Bovendien vervallen op grond van art. 3:273 BW na de levering niet alleen de hypotheekrechten na de overdracht, maar ook de beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten. Dit geldt, anders dan onder het oud-Burgerlijk Wetboek, echter alleen indien de levering plaatsvindt ingevolge een *executoriale* verkoop. Bij een reguliere verkoop en overdracht dienen de beperkt gerechtigden en beslagleggers in beginsel toestemming te verlenen voor het verval van hun rechten, zoals in onderdeel 6.4.2.2 besproken.

6.5.2.3 Handhaving van niet-inroepbare beperkte rechten

Stel dat de hypotheekhouder wil verkopen met instandhouding van een beperkt recht dat niet tegen zijn recht kan worden ingeroepen. Uit de memorie van antwoord bij art. 3:273 BW lijkt te volgen dat de hypotheekhouder volledig vrij is in het nemen van een dergelijk besluit:

‘Anderzijds zal het aan iedere executant aan wie het beperkte recht niet kan worden tegengeworpen, vrij staan het goed niettemin bezwaard met dat recht in veiling te brengen. Een koper zal het dan slechts onder de last van dat recht verkrijgen.’⁹²⁰

Om een aantal redenen kan worden betwijfeld of de hypotheekhouder hierin daadwerkelijk volledig de vrije hand heeft. Allereerst in het licht van het hoofddoel van de executoriale verkoopprocedure en de in onderdeel 5.3.2.1 in dit licht uitgewerkte zorgplicht van de hypotheekhouder. De hypotheekhouder dient bij de executoriale verkoop immers steeds het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst voor ogen te houden, *mede* en met name in het belang van de hypotheekgever. Deze zorgplicht brengt – in geval alleen het hypotheekrecht en het beperkte recht op het goed rusten – mee dat de hypotheekhouder alleen dan kan besluiten het goed inclusief het beperkte recht te verkopen, indien zijn vordering ook met instandhouding van het recht voldaan kan worden. Dan immers vindt geen benadeling plaats van de hypotheekgever: zijn schuld aan de hypotheekhouder wordt uit de opbrengst voldaan en bovendien wordt voorkomen dat hij kan worden aangesproken uit wanprestatie, wegens schending van de overeenkomst met de beperkt gerechtigde.⁹²¹ Nu de hypotheekgever er per saldo niet op achteruit gaat, en wellicht zelfs vooruit, is de hypotheekhouder hier vrij te verkopen met instandhouding van het beperkte recht.

⁹²⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 838 (MvA). In deze zin ook Asbreuk-van Os 1994, p. 654 (aldaar voetnoot 7).

⁹²¹ De beperkt gerechtigde heeft bij zuivering weliswaar recht op schadevergoeding ex art. 3:282 BW, maar dit laat onverlet dat hij (evenals de huurder, zie onder 6.6.2.6) de schuldenaar kan aanspreken wegens wanprestatie. Een dergelijke aanspraak bestaat alleen indien de beperkt gerechtigde niet volledig voldaan kan worden uit de executieopbrengst.

Het bovenstaande geldt indien op het goed slechts twee beperkte rechten rusten: het hypotheekrecht en het (niet-inroepbare) beperkte recht. Indien op het goed meer beperkte rechten rusten, zal de hypotheekhouder niet zonder meer kunnen besluiten inclusief het beperkte recht te verkopen. Dit zou de wettelijke *paritas creditorum* ook te zeer doorbreken. Uit art. 3:273 BW volgt dat de beperkte rechten die *voor* het hypotheekrecht gevestigd worden (of als gevolg van een rangwisseling voor het hypotheekrecht gaan), bij executoriale verkoop in stand blijven, terwijl de hypotheekrechten, beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten in beginsel vervallen. Een afwijkende regeling in de veilingvoorwaarden zal al snel in strijd komen met de wettelijke rangschikking van gerechtigden, alsmede met het belang van deze belanghebbenden op een zo hoog mogelijke opbrengst. Hierdoor betwijfel ik of de hypotheekhouder, indien op het goed meer beperkte rechten rusten en beslagen zijn ingeschreven, de vrijheid heeft die hem in de parlementaire geschiedenis wordt toegedeeld. Van Velten stelt van wel:

‘Immers, indien de hypotheekhouder het meerdere mag executeren (het onbelaste goed), mag hij ook genoegen nemen met het mindere.’⁹²²

Dit mag zo zijn, maar bij een pluraliteit van schuldeisers zal de hypotheekhouder de belangen van deze schuldeisers (en met name de hypotheekgever) bij een zo hoog mogelijke netto-opbrengst niet mogen negeren, zoals ook uitgewerkt in onderdeel 5.3.2.⁹²³

Tegen deze stelling kan nog worden ingebracht dat de andere belanghebbenden de mogelijkheid voor hun belang op te komen op grond van art. 517 lid 2 Rv, maar dit geldt alleen voor zover het recht dat de hypotheekhouder bij de executoriale verkoop wil doorgeven tegen het recht van de belanghebbende kan worden ingeroepen. Oftewel, een beslaglegger die het proces-verbaal van inbeslagneming heeft ingeschreven *na* de vestiging van een beperkt recht zal art. 517 lid 2 Rv niet kunnen inroepen. Voor hem geldt echter wel dat hij bij de inschrijving van het proces-verbaal rekening kan houden met de *vóór* de inschrijving gevestigde rechten. Datzelfde geldt voor de overige belanghebbenden. De belangen van de belanghebbenden zijn bij het besluit van de hypotheekhouder om te verkopen met instandhouding van een beperkt recht dan ook voldoende gewaarborgd. De hypotheekhouder moet bij dit besluit evenwel ook rekening houden met het belang van de hypotheekgever bij een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Vanwege deze zorgplicht zal hij veelal gehouden

⁹²² Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 356.

⁹²³ Zie aldaar m.n. het citaat van A. Steneker, annotatie onder Hoge Raad 19 februari 2010, *JBPR* 2010, 29.

zijn het niet-inroepbare beperkte recht niet door te geven en derhalve niet af te wijken van art. 3:273 BW, zoals hiervoor ook is uitgewerkt.

6.5.2.4 De overgang van voorwaarden betreffende beperkte rechten

Een vraag die voor dit onderdeel nog van belang is, is in hoeverre bedingen uit de vestigingsakte van het beperkte recht mee overgaan op de verkrijger, indien het beperkte recht bij executoriale verkoop wordt (of moet worden) doorgegeven.⁹²⁴ Sinds het arrest Blaauboer/Berlips wordt scherp onderscheid gemaakt tussen goederenrecht en verbintenissenrecht en hebben slechts de in de wet geregelde beperkte rechten goederenrechtelijke werking. Daardoor geldt ook dat de rechtsopvolger slechts aan die bedingen gebonden is die deel uitmaken van het beperkte recht.⁹²⁵ De vraag welke bedingen deel uitmaken van het beperkte recht komt met name aan de orde waar het bedingen met betrekking tot beperkte genotsrechten betreft. In dit onderdeel wordt deze vraag uitgewerkt voor het erfpachtrecht en de bedingen in de vestigingsakte van het erfpachtrecht.⁹²⁶ Een uitgebreide bespreking blijft, gezien het onderwerp van het onderhavige onderzoek, achterwege. Daarom worden slechts kort de hoofdpunten aangestipt.

Meijers hanteerde als criterium voor de goederenrechtelijke werking:

‘De tweede restrictie is dat, indien men bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot inhoud van het zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. [...] In twijfelgevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding voldoende verband met het betreffende zakelijke recht heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren.’⁹²⁷

Bij de latere parlementaire behandeling van het huidige Burgerlijk Wetboek is dit vereiste afgezwakt tot het ‘voldoende verbandvereiste’.⁹²⁸ bestaat tussen het beding in de erfpachtvoorwaarden en het erfpachtrecht voldoende verband, zodat gelijke behandeling gerechtvaardigd is?⁹²⁹ In het standaardarrest in dezen, het Kademuur-arrest, heeft de Hoge Raad bepaald dat de grens van goederen-

⁹²⁴ Dit zal het geval zijn bij posterieure beperkte rechten of beperkte rechten die als gevolg van rangwisseling voorgaan op het hypotheekrecht.

⁹²⁵ Hoge Raad 3 maart 1905, W 8191. Zie echter, voor een nuancering van het arrest: Pitlo 1968, p. 231 e.v.

⁹²⁶ Zie voor een uitgebreidere bespreking o.m. Vonck 2007, p. 598-603.

⁹²⁷ Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 (TM). Vgl. art. 7:226 lid 3 BW (‘onmiddellijk verband’) over bedingen in de huurovereenkomst die overgaan bij (kort gezegd) overdracht van het registergoed.

⁹²⁸ Term ontleend aan Struycken 2007, p. 386 e.v.

⁹²⁹ Parl. Gesch. Boek 5, p. 297 (MvA).

rechtelijke werking van de bedingen erin ligt dat zij ‘niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht’.

Deze criteria bieden echter nog dermate veel ruimte voor interpretatie dat ook nu nog bij executoriale verkoop de discussie kan ontstaan welke bedingen wel en welke geen goederenrechtelijke werking hebben, in die zin dat zij bij overdracht (ook na executoriale verkoop) overgaan op de verkrijger. Een voorbeeld daarvan is besproken in onderdeel 5.2.4.2, onder 2.

In de literatuur staat, zo blijkt bij Bartels, met name ter discussie of ook andere dan de uitdrukkelijk in de wet opgenomen *verplichtingen om te doen* goederenrechtelijke werking hebben:

‘Het is nuttig hierbij verschillende soorten verplichtingen te onderscheiden. Het is duidelijk dat verplichtingen tot een doen (doe-verplichtingen of positieve verplichtingen) geoorloofd zijn en deel kunnen uitmaken van het erfpachtsrecht waar de wettelijke regeling dat uitdrukkelijk toelaat. De erfpachter kan verplicht zijn een canon te betalen (art. 5:85 lid 2 BW), onderhoud te plegen ten aanzien van de zaak waarop het erfpachtsrecht is gevestigd en lasten te voldoen die op de zaak drukken (art. 5:96). Omstreden is de vraag of ook andere verplichtingen tot een doen deel kunnen uitmaken van het erfpachtsrecht. Te denken valt aan het opleggen van een (her)bouwplicht aan de erfpachter, de verplichting tot het plaatsen van een schutting of andere afscheiding, het aanleggen van een rioleringsstelsel. In de praktijk komen dergelijke verplichtingen veelvuldig voor in erfpachtsakten. Mits voldaan is aan het vereiste dat de verplichting voldoende verband houdt met het wezen van het erfpachtsrecht, lijkt er geen reden te zijn voor een categorische afwijzing van doe-verplichtingen als deel van het erfpachtsrecht. Dat een bouwplicht deel kan zijn van de erfpacht volgt ook uit Parl. Gesch., p. 308-309 en 321.’⁹³⁰

Vonck legt het onderscheid voor het al dan niet toekennen van goederenrechtelijke werking overigens niet in het verschil tussen verplichtingen om niet te doen of na te laten en verplichtingen om te doen. Als toetssteen legt hij aan:

‘dat het beding inhoudelijk ondergeschikt is aan een erfpachtvoorwaarde die rechtstreeks op grond van de wettekst mogelijk is. Verder dient een beding de machtsverhouding te betreffen ten aanzien van de in erfpacht uitgegeven grond.’⁹³¹

Vanwege de discussie over de goederenrechtelijke werking van bepaalde bedingen, wordt in de praktijk voor de zekerheid ook wel gebruik gemaakt van

⁹³⁰ Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008 (5*), nr. 217. Zie ook de voorbeelden die Van Velten 2012-I, p. 541-542 opsomt. Zie voorts Huijgen 1995, p. 155-156; Kleijn 1979, p. 25. Vgl. Struycken 2007, p. 412-415; Heyman 2002, p. 305. Anders Vonck 2007, m.n. p. 601; De Jong 1995, p. 525.

⁹³¹ Vonck 2007, p. 603.

kettingbedingen, kwalitatieve verplichtingen of een erfdienstbaarheid.⁹³² Bij de executoriale verkoop echter zal, ten behoeve van de duidelijkheid voor de geïnteresseerden, moeten worden vastgesteld of de bedingen goederenrechtelijke werking hebben. Meijers stelt in het citaat hierboven voor de beslissing in twijfel-gevallen voor te leggen aan de rechter. Deze oplossing is ook in onderdeel 5.2.4.2, onder 2 voorgesteld, bij de bespreking van de tuchtrechtelijke uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin de goederenrechtelijke werking van de erfpachtvoorwaarden (MGE-bepalingen) ter discussie stond.⁹³³ Voor een nadere bespreking van de positie van de notaris bij het opstellen van de veilingvoorwaarden en overige informatie over de executoriale verkoop in dergelijke gevallen, wordt naar dat onderdeel verwezen.

6.5.3 Het hypotheekrecht en persoonlijke verplichtingen

Bij executoriale verkoop is het niet de eigenaar die verkoopt en overdraagt, maar de hypotheekhouder, zo bleek in onderdeel 6.3. Hier is sprake van een bijzondere constructie (zie onderdeel 6.3.3). Omdat de koper een goed koopt zoals dat aan de hypotheekhouder is verbonden, is hij niet gebonden aan persoonlijke verplichtingen van de hypotheekgever, zo stelt ook Diephuis:

‘Maar de koper ontleent het goed niet aan den eigenaar, deze is het niet die het hem overdraagt; de eigenaar is wel zijn voorganger, maar niet de bewerker van zijn recht; hij is wel diens opvolger, maar is dit niet door hem. Daarom heeft hij ook met diens persoonlijke verbindtenissen niet te maken, zelfs niet met die, welke ter zake van het verkochte goed zijn aangegaan, voor zoo ver de wet daaraan geene verder reikende werking heeft toegekend, zoo als het geval niet is met een geldig door hem aangegane verhuring. Al gaan zoodanige verbindtenissen ook op regtverkrijgenden over, de koper is in die zin geen regtverkrijgende van den eigenaar, maar van den schuldeischer, die hem het goed geeft verkocht en het hem dus heeft doen verkrijgen.’⁹³⁴

De koper bij executoriale verkoop is weliswaar rechtsopvolger van de hypotheekgever, maar dat is hij door de verkoop- en leveringshandelingen van de hypotheekhouder.⁹³⁵ Omdat een obligatoire overeenkomst in beginsel slechts verplichtingen schept tussen partijen, is de hypotheekhouder (als derde) niet gebonden aan de verplichtingen van de koper uit deze overeenkomst.⁹³⁶ Ook een koper bij executoriale verkoop is hieraan in beginsel niet gebonden. Desondanks komt uit de literatuur naar voren dat persoonlijke rechten niet steeds *zonder meer* kunnen worden genegeerd bij executoriale verkoop. Omdat in de literatuur

⁹³² Vgl. Van Velten 2012-I, p. 538; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008 (5*), nr. 217.

⁹³³ Hof Amsterdam 7 december 2006, *LJN* AZ5962.

⁹³⁴ Diephuis VII 1886, p. 493.

⁹³⁵ Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 414.

⁹³⁶ Vgl. Roes 1970, p. 61.

met name aandacht wordt besteed aan het kettingbeding, staat bij de bespreking deze persoonlijke verplichting centraal.

In het arrest Blaauboer/Berlips heeft de Hoge Raad voor de reguliere verkoop uitgemaakt dat persoonlijke verplichtingen niet overgaan op de verkrijger van een goed.⁹³⁷ Met het arrest is de praktijkbehoefte aan het doorgeven van andere verplichtingen dan de goederenrechtelijke verplichtingen echter niet verdwenen, zo stelt bijvoorbeeld Heyman.⁹³⁸ Ondanks de met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 geïntroduceerde kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW) als hybride figuur tussen een goederenrechtelijke en een persoonlijke verplichting is de behoefte aan het opleggen van andersoortige verplichtingen aan een rechtsopvolger gebleven. Het gaat hierbij, gezien het bepaalde in art. 6:252 lid 1 BW, vooral om verplichtingen *om te doen*. In de praktijk heeft zich daarom het kettingbeding ontwikkeld, door Van Oostrom-Streep als volgt omschreven:

‘Het kettingbeding kan worden gekwalificeerd als een bepaalde verplichting voor de eigenaar van een goed (met als inhoud een dulden, niet-doen maar ook een doen), met daaraan gekoppeld de gehoudenheid voor deze eigenaar gemelde verplichting door te geven aan [...] al zijn verkrijgers onder bijzondere titel, een en ander onder verbeurte van een boete ten laste van de (opvolgend) eigenaar die in strijd met het beding handelt, ten behoeve van de oorspronkelijke crediteur. Zowel de eigenlijke verplichting als de verplichting tot doorgifte moeten aan de verkrijger worden opgelegd wil de ketting in stand blijven.’⁹³⁹

In de obligatoire verplichting het beding door te geven aan nieuwe verkrijgers zit, hoewel vaak versterkt met een boetebeding, ook gelijk de zwakte van het kettingbeding. Bij executoriale verkoop speelt, evenals dat bij reguliere verkoop en levering het geval is,⁹⁴⁰ de vraag of en in hoeverre de verkoper (bij executoriale verkoop: de hypotheekhouder) juridisch gehouden is het kettingbeding aan de verkrijger op te leggen in de veilingvoorwaarden. Een algemene verplichting tot het doorgeven van kettingbedingen heeft de hypotheekhouder niet. Zijn recht werkt immers sterker dan het obligatoire kettingbeding.⁹⁴¹

Bij de bespreking van de zorgplicht van de notaris in onderdeel 5.2.4.2, onder 1 bleek al dat toch kan worden getwijfeld aan de bevoegdheid kettingbedingen zonder meer *niet* door te geven. In de literatuur is voorts de vraag opgekomen of

⁹³⁷ Hoge Raad 3 maart 1905, W 8191.

⁹³⁸ Heyman 2002, p. 302-303. Zie ook: Parl. Gesch. Boek 6, p. 936 (TM).

⁹³⁹ Van Oostrom-Streep 2006-I, p. 23.

⁹⁴⁰ Zie Heyman & Bartels 2012, p. 359-360 (die stellen dat een kettingbeding moet worden behandeld als last of beperking in de zin van art. 7:15 BW); Huijgen 2012-I p. 48-49; Van Oostrom-Streep 2006-I, p. 565-567.

⁹⁴¹ Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 357.

de *hypotheekhouder* onder omstandigheden een onrechtmatige daad pleegt, indien hij een kettingbeding niet oplegt aan de veilingkoper. Mijnsen en De Liagre Böhl zijn van mening dat de executant noch de koper bij executoriale verkoop gebonden is aan het kettingbeding, de hypotheekhouder behoeft het kettingbeding dan ook niet aan de koper op te leggen.⁹⁴² De wetgever sluit zich hier bij aan:

‘De mening van Mijnsen [...] en De Liagre Böhl [...] dat de executant niet aan kettingbedingen is gebonden en dus ook niet gehouden is eenzelfde beding in de veilingvoorwaarden op te nemen, komt juist voor. Dit vloeit voort uit de aard van het beding dat slechts een persoonlijk recht geeft.’⁹⁴³

De meeste schrijvers nemen echter aan dat wel degelijk sprake kan zijn van een onrechtmatige daad indien de hypotheekhouder een kettingbeding niet doorgeeft,⁹⁴⁴ of wijzen erop dat onder omstandigheden toch sprake kan zijn van een verplichting tot het doorgeven van een kettingbeding.⁹⁴⁵

Het is met name interessant de *omstandigheden* waaronder de hypotheekhouder gehouden kan worden het kettingbeding door te geven nader te beschouwen. Kleijn stelt dat als zeker is dat de hypotheekhouder er, ook als mét het kettingbeding wordt verkocht, ‘gemakkelijk uitspringt’ en er geen andere schuldeisers zijn, het kettingbeding op grond van de zorgvuldigheid moet worden opgelegd aan de koper.⁹⁴⁶ Als echter ‘gevreemd moet worden dat van de opbrengst uit de openbare verkoop niet voldoende over zal blijven’ om de concurrente schuldeisers te voldoen, geen verplichting bestaat tot het doorgeven van een kettingbeding.⁹⁴⁷

Roes is het meest terughoudend met het aannemen van een onrechtmatige daad en stelt dat het niet doorgeven van het kettingbeding ‘op zichzelf niet onrechtmatig is ten opzichte van die derde, doch dat bijkomende omstandigheden dit handelen onrechtmatig kunnen doen zijn’.⁹⁴⁸ De omstandigheden die Roes noemt worden hier puntsgewijs weergegeven:

⁹⁴² Mijnsen 1983, p. 32-33; De Liagre Böhl 1983, p. 74-75. De Liagre Böhl spreekt hierbij zelfs over een ‘overmatige notariële eerbied voor kettingbedingen’ (bij reguliere verkoop en overdracht), p. 75. Mijnsen is heden ten dage nog dezelfde mening toegedaan: Mijnsen 2009, p. 62-63. Evenzo: Santen 1983, p. 535.

⁹⁴³ Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 225 (MvA).

⁹⁴⁴ Roes 1970, p. 61-64 en 75-77 (t.a.v. persoonlijke rechten in het algemeen); Smalbraak 1966, p. 97-98. Vgl. Kleijn 1975, p. 25.

⁹⁴⁵ Heyman & Bartels 2012, p. 359-360; Van Velten 2012-I, p. 596-597.

⁹⁴⁶ Kleijn 1975, p. 25.

⁹⁴⁷ Kleijn 1975, p. 25-29, waarbij Kleijn een uitzondering maakt voor voorkeursrechten. Ten aanzien van voorkeursrechten geldt thans de Wet voorkeursrecht gemeenten (zie onderdeel 5.2.5.2). Vgl. Smalbraak 1966, p. 97-98.

⁹⁴⁸ Roes 1970, p. 62.

- '[d]e aanstaande hypotheekhouder moet bij het verlenen van de hypotheek het persoonlijk recht kennen of behoren te kennen';
- '[v]oorts zal de persoonlijk gerechtigde een aanmerkelijk belang moeten hebben bij de handhaving van zijn recht, welk belang de hypotheekhouder kent of behoort te kennen';
- '[o]ok een eventuele tussen de hypotheekhouder en hypotheekgever bestaande bijzondere verhouding is van groot belang';
- '[e]en factor van groot gewicht zal ook zijn of de hypotheekhouder schade lijdt indien hij het betrokken recht respecteert en zo ja hoe groot die schade zal zijn. Een bijzondere omstandigheid doet zich hierbij voor, indien de betrokken derde aanbiedt de eventueel te lijden schade te vergoeden'.⁹⁴⁹

Ten aanzien van *na* het hypotheekrecht tot stand gekomen persoonlijke rechten van derden is Roes nog voorzichtiger:

'Mede gezien het belang, dat overeenkomstig de mening van de Hoge Raad [...] gehecht moet worden aan de kennis, welke aanwezig moet zijn vóór de verlening en de vestiging, waarop de uitwinning steunt, moet welslagen van zulk een beroep nagenoeg uitgesloten worden geacht. Het zou de onrechtmatige daad reeds vlug buiten haar proporties laten groeien.

Wil bij hoge uitzondering een dergelijk beroep kans van slagen hebben, dan zal in ieder geval voldaan moeten zijn aan de voorwaarde, dat de uitwinnende hypotheekhouder vóór de uitwinning zekerheid had, dat hij van de handhaving van het betrokken recht geen enkele schade zou ondervinden'.⁹⁵⁰

Na het verschijnen van het proefschrift van Roes en het preadvies waarin Kleijn zijn standpunt verdedigt, wijst de Hoge Raad het arrest Curacao/Boyé, waarin voor de reguliere verkoop wordt geoordeeld dat onder omstandigheden de koper een onrechtmatige daad pleegt indien hij weigert een kettingbeding in de leveringsakte op te nemen en te aanvaarden.⁹⁵¹ Dit arrest is ook hier van belang, omdat eruit volgt dat onder omstandigheden wel degelijk sprake kan zijn van onrechtmatigheid bij het niet doorgeven van een kettingbeding.

Deze lijn wordt ook in de literatuur doorgetrokken naar de executoriale verkoop. Daar wordt als relevante omstandigheid ten aanzien van het al dan niet doorgeven van kettingbedingen de te verwachten executieopbrengst genoemd, voor zowel *voor* als *na* het hypotheekrecht aangegane kettingbedingen.⁹⁵² Het gaat er dan om in hoeverre het doorgeven van het kettingbeding naar ver-

⁹⁴⁹ Roes 1970, p. 63.

⁹⁵⁰ Roes 1970, p. 76. Roes verwijst hier overigens naar de arresten Hoge Raad 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16 en Hoge Raad 17 november 1967, *NJ* 1968, 42.

⁹⁵¹ Hoge Raad 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (Curacao/Boyé).

⁹⁵² Vóór het arrest Curacao/Boyé was deze opvatting reeds bij Smalbraak 1966, p. 98 en Kleijn 1975, p. 25-29 te vinden. Voor een geheel andere motivering, zie: Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2000, *KG* 2000, 130 (Molukse karakter woonwijk).

wachting een negatieve invloed heeft op de executieopbrengst. Deze vraag wordt beschouwd vanuit het gezichtspunt van ofwel alle belanghebbenden (ook de beslagleggers derhalve),⁹⁵³ ofwel de belanghebbenden met een voorrangrecht.⁹⁵⁴

In onderdeel 4.3.1.1 staan de aanknopingspunten bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de hypotheekhouder rekening moet houden met de gerechtigde tot een kettingbeding. Daar is als criterium het gevolg van de instandhouding van het kettingbeding voor de te behalen opbrengst uitgewerkt, alsmede de mogelijkheid van de gerechtigde tot het kettingbeding om zelf voor zijn belang op te komen. Vanwege dit laatste is in onderdeel 5.2.5.2, onder 1 betoogd dat de notaris niet is gehouden tot dienstweigerings, indien de gerechtigde tot het kettingbeding dat bij executoriale verkoop zal worden doorbroken, voldoende mogelijkheden zijn gebonden om voor zijn belang op te komen. Voor het beroep op onrechtmatige daad geldt mijns inziens hetzelfde. De hypotheekhouder is in beginsel niet gehouden het kettingbeding door te geven. Wel zal de gerechtigde uit het kettingbeding moeten worden geïnformeerd over het verval van zijn recht als gevolg van de executoriale verkoop, om hem zo de mogelijkheid te geven om voor zijn belang op te komen. Als uitgangspunt voor de rechter die in dergelijke casus moet oordelen zal het *paritas creditorum*-beginsel voorop staan, maar dan wel zoals de wetgever dit voor de executoriale verkoop in het bijzonder heeft uitgewerkt. De hypotheekhouder kan alleen dan gehouden zijn het kettingbeding door te geven indien *alle belanghebbenden* ook met instandhouding van het kettingbeding uit de opbrengst voldaan kunnen worden. Indien alleen met de bevoorrechte schuldeisers rekening wordt gehouden, wordt aan het kettingbeding ten onrechte een status boven andere concurrente schuldeisers toegekend.⁹⁵⁵ Daarenboven kent de wet aan de beslagleggers wel, maar aan andere persoonlijk gerechtigden die hun recht als gevolg van de executoriale verkoop verloren zien gaan geen recht toe om (mogelijk) mee te delen in de executieopbrengst. Om deze reden dient de rechter bij zijn beoordeling of sprake is van een onrechtmatige daad *ook* de vorderingen van de beslagleggers op het goed mee te nemen.

6.5.4 Het hypotheekrecht en 'hybride rechten'

Met betrekking tot het vervallen van rechten bij executoriale verkoop is nog een derde categorie te onderscheiden, welke hier wordt aangeduid als 'hybride

⁹⁵³ Zie Holtman 2000; Kleijn 1975, p. 25-26. Vgl. Heuff 1983, p. 262, die ook andere criteria vermeldt.

⁹⁵⁴ Zie Smalbraak 1966, p. 98. Voor rechtspraak zie Pres. Rb. Roermond 28 september 1999 (niet gepubl.), waarover: Holtman 2000. Vgl. Heyman 2002, p. 303, die alleen spreekt over de executant (en niet over andere belanghebbenden met betrekking tot de opbrengst).

⁹⁵⁵ Evenzo Holtman 2000.

rechten'. Voor de positie van de gerechtigden tot hybride rechten bij executoriale verkoop geeft de wet een goederenrechtelijk beschouwd bijzondere regeling.

6.5.4.1 De kwalitatieve verplichting

In onderdeel 6.5.3 kwam reeds ter sprake dat ook na het arrest Blaauboer/Berlips behoefte bestaat aan rechtsfiguren, anders dan de wettelijk geregelde beperkte rechten, om de opvolgend verkrijger te binden. In zijn ontwerp voor het Burgerlijk Wetboek introduceerde Meijers om deze reden de kwalitatieve verplichting, verplichtingen om iets te dulden of niet te doen die in de openbare registers kunnen worden ingeschreven en in beginsel overgaan op de rechtsopvolgers onder bijzondere titel of degenen die een recht tot gebruik van het goed verkrijgen.⁹⁵⁶

Uit art. 6:252 lid 3 BW blijkt wat het gevolg is van de inschrijving van een kwalitatieve verplichting voor een hypotheekrecht, alsmede van de executoriale verkoop door de hypotheekhouder. De wet spreekt hier niet van een 'niet kunnen inroepen', gelijk art. 505 lid 2 Rv, of 'vervallen' dan wel 'tenietgaan', gelijk art. 3:273 BW, maar bepaalt dat de kwalitatieve verplichting 'geen werking heeft' tegen de hypotheekhouder of diens rechtsopvolgers. Bij de analyse van de betekenis van deze zinsnede moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties.

Ten eerste de situatie dat de kwalitatieve verplichting is ingeschreven *voor* de vestiging van het hypotheekrecht op basis waarvan de executoriale verkoop plaatsvindt. Uit de tekst van art. 6:252 BW kan worden afgeleid dat de kwalitatieve verplichting in dit geval in stand blijft na executoriale verkoop en overdracht. Van Oostrom-Streep stelt dan ook dat:

'de gerechtigde tot een anterieure kwalitatieve verplichting een recht heeft dat te vergelijken is met een anterieur beperkt recht',⁹⁵⁷

hetgeen, ook gezien de plaatsing van de kwalitatieve verplichting in Boek 6 BW, niet voor de hand ligt. Het lijkt er op dat de wetgever deze consequentie ook, hoe zeer zij ook in strijd lijkt met de strikte scheiding in het goederen- en verbintenissenrecht, gewild heeft. In de memorie van antwoord bij art. 6:252 BW komt naar voren dat beoogd is een verbintenissenrechtelijk figuur te scheppen

⁹⁵⁶ Uit de Toelichting Meijers blijkt dat bewust is gekozen voor een beperking tot verplichtingen om iets te dulden of niet te doen, omdat 'ervoor [moet] worden gewaakt dat de verplichtingen niet op een nieuwe vorm van horigheid gaan gelijken.' (Parl. Gesch. Boek 6, p. 936 (TM).)

⁹⁵⁷ Van Oostrom-Streep 2006-II, p. 380-381.

met ‘een zekere mate van zakelijke werking’.⁹⁵⁸ Bovendien is in de parlementaire geschiedenis ook de uitleg van art. 6:252 lid 3 BW ter sprake gekomen.⁹⁵⁹ Daaruit wordt (nogmaals) duidelijk dat het tijdstip van inschrijving van de kwalitatieve verplichting beslissend is voor de vraag of zij werking heeft tegen verkrijgers bij executoriale verkoop. Als de wetgever van mening was dat de kwalitatieve verplichting bij executoriale verkoop dezelfde werking moest toekomen als een persoonlijk recht zoals een kettingbeding dan zou dit mijns inziens in de parlementaire geschiedenis ter sprake zijn gekomen. Er is hier dan ook – zoals Van Oostrom-Streep opmerkte – een figuur geschapen die, wat betreft de executoriale verkoop door de hypotheekhouder met een *posterieur* recht, dezelfde werking heeft als een *anterieur* beperkt recht. De kwalitatieve verplichting blijft in stand en de koper bij executoriale verkoop is er aan gebonden.

De tweede situatie is die waarin de kwalitatieve verplichting is ingeschreven *na* de vestiging van het hypotheekrecht op basis waarvan de executoriale verkoop plaatsvindt. In deze situatie is het gevolg voor de gerechtigde tot een kwalitatieve verplichting anders dan die voor gerechtigden tot een beperkt recht. Waar de beperkt gerechtigde met een posterieur recht als gevolg van de levering na executoriale verkoop zijn recht ziet vervallen en op grond van art. 3:282 BW overeenkomstig zijn rang een voorrecht krijgt om (mogelijk) mee te delen in de executieopbrengst, bepaalt art. 6:252 lid 3 BW dat de kwalitatieve verplichting geen werking heeft tegen de hypotheekhouder en de verkrijger van de hypotheekhouder, de verkrijger na executoriale verkoop derhalve.

Van Oostrom-Streep wijst er op dat uit de letterlijke bewoordingen van art. 6:252 BW volgt dat de kwalitatieve verplichting derhalve niet vervalt of waardeloos wordt bij executoriale verkoop.⁹⁶⁰ Dat betekent dat deze verplichting blijft sluimeren en bij overdracht door de koper bij executoriale verkoop weer tevoorschijn zou kunnen komen. De *strekking* van art. 6:252 BW lijkt echter een andere. Heeft de wetgever niet beoogd te regelen dat de koper bij executoriale verkoop niet aan de kwalitatieve verplichting gebonden is en ook diens rechtsopvolgers daaraan niet gebonden zijn, oftewel verval van de kwalitatieve verplichting dan wel waardeloos worden ervan na executoriale verkoop? Uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de wetgever een situatie gelijk art.

⁹⁵⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 942 (MvA).

⁹⁵⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 946 (MvA), naar aanleiding van de opmerkingen in het Voorlopig Verslag, zie 939-940.

⁹⁶⁰ Van Oostrom-Streep 2006-II, p. 381.

3:273 BW heeft willen bereiken, alleen dan zonder dat aan de gerechtigde uit de kwalitatieve verplichting een voorrecht ex art. 3:282 BW toekomt.⁹⁶¹

Dat geen schadevergoedingsrecht met voorrang wordt toegekend is, zo volgt uit de opmerkingen van de Commissie hieromtrent, omdat:

‘[h]et [...] niet juist [zou] zijn de schuldeiser uit een verplichting met kwalitatieve werking een dergelijke voorrang boven andere schuldeisers te geven.’⁹⁶²

In reactie hierop wordt in de memorie van toelichting gesteld dat een bepaling gelijk het huidige art. 3:282 BW ‘geen aanbeveling verdient’.⁹⁶³

Het ‘sluimeren’ van de kwalitatieve verplichting is ongewenst. Een duidelijkere regeling ten aanzien van de gevolgen van de executoriale verkoop voor ‘posterieure’ kwalitatieve verplichting is dan ook aangewezen.⁹⁶⁴ In mijn ogen verdient de toevoeging van de ‘posterieure’ kwalitatieve verplichting aan art. 3:273 BW aanbeveling. Hiermee wordt deze verplichting gelijk een posterieur beperkt recht behandeld, zonder dat de gerechtigde een recht heeft zijn schadevergoeding met voorrang op de executieopbrengst te verhalen. Deze regeling doet mijns inziens recht aan de door de wetgever beoogde regeling. De gerechtigde tot een kwalitatieve verplichting wordt hiermee geen belanghebbende in de zin van art. 3:270 BW. Nu hij niet meedeelt bij de verdeling van de executieopbrengst, is een wettelijke status gelijk een belanghebbende – wat betreft de informatievoorziening (art. art. 546 jo. 515 lid 2, 517 lid 1 en 523 Rv), het recht van art. 517 lid 2 Rv en de bevoegdheid van art. 3:268 lid 2 BW) – is in mijn ogen dan ook niet nodig. Dit doet ook recht aan het hybride karakter van de kwalitatieve verplichting. Wel verdient het voor de notaris en hypotheekhouder aanbeveling om, gelijk is betoogd ten aanzien van de belanghebbende, een gerechtigde tot een posterieure kwalitatieve verplichting te informeren over het verval van zijn recht door de executoriale verkoop en de mogelijkheden hiertegen op te komen.

6.5.4.2 Het retentierecht

Een retentierecht houdt, zo volgt uit art. 3:290 BW, de bevoegdheid in om in bepaalde gevallen de nakoming van de verplichting tot afgifte van een zaak op te schorten totdat de vordering die de schuldeiser op de schuldenaar heeft wordt voldaan. Naast dit opschortingsrecht heeft de retentor een voorrangrecht bij verhaal, zodat hij rang neemt boven alle schuldeisers tegen wie hij zijn retentierecht kan invoeren (art. 3:292 BW). Uit art. 3:291 BW blijkt tegen welke schuldeisers de retentor zijn recht kan invoeren.

⁹⁶¹ Vgl. Van Oostrom-Streep 2006-II, p. 382.

⁹⁶² Parl. Gesch. Boek 6, p. 939 (VV II Voortgang).

⁹⁶³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 946 (MvA).

⁹⁶⁴ Vgl. Van Oostrom-Streep 2006-II, p. 383.

Ten eerste, op grond van het eerste lid, tegen derden met een recht dat is verkregen na het ontstaan van de vordering van de retentor *en* het in de macht van de retentor komen van de zaak. Op grond van het arrest Rabobank/Fleuren c.s. is voor de inroepbaarheid tegen derden met een posterieur recht vereist dat de retentor op een voor deze derde voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de betrokken zaak uitoefent.⁹⁶⁵ Deze beperking is een gevolg van de omstandigheid dat betwist wordt of een retentierecht kan worden ingeschreven in de openbare registers ex art. 3:17 BW.⁹⁶⁶ Als van het retentierecht in beginsel niet uit de openbare registers blijkt, is het niet op die grond kenbaar voor derden. Ten tweede kan het retentierecht op grond van art. 3:291 lid 2 BW worden ingeroepen tegen derden met een ouder recht indien de vordering van de retentor voortspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was om aan te gaan *en* de retentor geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.

Ook bij het retentierecht gaat het derhalve om een persoonlijk recht met goederenrechtelijke trekken.⁹⁶⁷ Art. 3:273 BW is, evenmin als dat bij een kwalitatieve verplichting het geval is, niet van toepassing op het retentierecht. Mijns inziens moet echter worden aangenomen dat, indien het retentierecht *niet* kan worden ingeroepen tegen de hypotheekhouder, dit recht van rechtswege vervalt na de executoriale verkoop en overdracht indien de hypotheekhouder het recht niet uitdrukkelijk opneemt in de veilingvoorwaarden.⁹⁶⁸ Nu niets anders is bepaald, gelden voor het retentierecht dezelfde gevolgen als voor andere persoonlijke rechten na executoriale verkoop. De hypotheekhouder hoeft het niet-inroepbare retentierecht derhalve niet te respecteren bij executoriale verkoop. Dit betekent dat de retentor zijn bevoegdheid om de zaak terug te houden niet kan tegenwerpen aan deze hypotheekhouder. Omdat de hypotheekhouder het goed zonder het retentierecht kan verkopen, kan het retentierecht

⁹⁶⁵ Hoge Raad 5 december 2003, *NJ* 2004, 340 m.nt. W.M. Kleijn (Rabobank/Fleuren c.s.).

⁹⁶⁶ Hierover: Huijgen, *T&C Vermogensrecht* 2011, art. 3:17 BW, aant. 5; Bartels & Van der Plank, *GS Vermogensrecht* 2012, art. 3:17 BW, aant. 4.1. De Hoge Raad is, gezien het oordeel in onder meer Rabobank/Fleuren c.s., van oordeel dat inschrijving *niet* mogelijk is. Zie voorts Hoge Raad 6 februari 1998, *NJ* 1999, 303 m.nt. W.M. Kleijn (Winters/Kantoor van de Toekomst); Hoge Raad 23 juni 1995, *NJ* 1996, 216 m.nt. W.M. Kleijn (Deen/Van der Drift); Hoge Raad 15 februari 1991, *NJ* 1991, 628 m.nt. W.M. Kleijn (Agema/WUH).

⁹⁶⁷ Vgl. Fesevur 1979, p. 231.

⁹⁶⁸ Vgl. Biemans 2009, p. 161. Let wel, art. 3:291 lid 1 BW stelt als bepalend tijdstip het ontstaan van de vordering en het in de macht komen van de zaak. Dat tijdstip kan liggen vóór het ontstaan van het retentierecht, vgl. art. 6:52 lid 1 BW. Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 511. Hierover ook Fesevur 1994, p. 242, die stelt dat indien de vordering van de aannemer groeit naarmate het werk vordert het moment van het ontstaan van de vordering nog steeds beslissend is.

vervolgens evenmin worden uitgeoefend tegen de koper bij executoriale verkoop.

Dit ligt anders indien het retentierecht *wel* kan worden ingeroepen tegen de hypotheekhouder, op grond van art. 3:291 lid 1 dan wel lid 2 BW. Het is met name interessant in welke gevallen het tweede lid van toepassing is. Ofwel, wanneer heeft de retentor geen reden om aan de bevoegdheid van de hypotheekgever te twijfelen?⁹⁶⁹ Deze vraag is in de rechtspraak voornamelijk aan de orde in gevallen van aanneming van werk.⁹⁷⁰ Uit de nota van wijziging bij art. 3:291 BW komt naar voren in welke gevallen de schuldeiser geen reden heeft te twijfelen aan de bevoegdheid en wanneer nader onderzoek van zijn kant *wel* vereist is:

‘De meest voor de hand liggende reden voor een zodanig onderzoek zal in het algemeen zijn gelegen in de mate van uitzonderlijkheid van de werkzaamheden die de schuldenaar uit hoofde van de overeenkomst wil laten verrichten.

De schuldeiser zal daarentegen in het algemeen beschermd zijn, wanneer de overeenkomst strekt tot het doen verrichten van normaal onderhoud, noodzakelijke reparaties [...]. Veelal zullen de werkzaamheden als hier bedoeld strekken tot het behoud van de waarde van de zaak of zelfs tot verhoging van die waarde.’⁹⁷¹

Indien de werkzaamheden derhalve in overeenstemming zijn met de normale exploitatie van het registergoed, heeft de aannemer/retentor in beginsel geen reden te twijfelen aan de bevoegdheid van de hypothecaire schuldenaar. Fesevur stelt dat dit in beginsel niet anders wordt indien een expliciet verbod tot het sluiten van een aannemingsovereenkomst is bedongen in de hypotheekakte, behoudens voor zover het gaat om min of meer standaardbedingen.⁹⁷² Het beding waarvan art. 3:265 BW melding maakt, het beding van niet-verandering van inrichting of gedaante, kan in beginsel worden gezien als zo’n standaardbeding.⁹⁷³ Het voert in het kader van het onderwerp van dit onderzoek te ver uitgebreid op het standpunt van Fesevur in te gaan, maar hieruit volgt wel dat het retentierecht van de aannemer in veel gevallen kan worden tegengeworpen

⁹⁶⁹ Voor een toepassing van het eerste in art. 3:291 lid 2 BW vermelde geval kan worden gewezen op de bouwhypotheek en de hypotheek ter zake van een verbouwingskrediet, indien de retentor een aannemer is, zie Fesevur 1994, p. 240. Fesevur neemt overigens aan dat ook ‘buiten deze gevallen in beginsel van een bevoegdheid tot het sluiten van de aannemingsovereenkomst sprake [zal] zijn.’

⁹⁷⁰ Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009, 58 m.nt. J.W.A. Biemans (Praedium/Elvestia), zie ook onderdeel 5.2.5.3, onder 2); KvT Amsterdam 27 april 1999, te kennen uit: *WPNR* (6369) 1999, p. 648-650. Zie voor de civielrechtelijke kant van deze zaak: Hoge Raad 12 juni 2009, *NJ* 2010, 663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Heembouw/Fortis c.s.). Zie ook: Fesevur 1994, p. 221.

⁹⁷¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 887 (NvW).

⁹⁷² Fesevur 1994, p. 240-241.

⁹⁷³ Fesevur 1994, p. 241.

aan de hypotheekhouder. In de voorbereiding van de executoriale verkoop zal met een dergelijke retentierechten derhalve terdege rekening moeten worden gehouden.⁹⁷⁴

Van Hees maakt duidelijk dat, hoewel de positie van de retentor met art. 3:292 BW verbeterd is ten opzichte van het oude recht, het retentierecht nog steeds een belemmering kan vormen in de executoriale verkoopprocedure.⁹⁷⁵ De retentor heeft geen recht van parate executie en zal er daarom vaak voor kiezen zijn retentierecht te handhaven tegenover de hypotheekhouder, in plaats van beslaglegging en de dientengevolge 'vaak lange en kostbare [...] weg van een gerechtelijke procedure af te gaan.'⁹⁷⁶ De impasse die onder oud recht kon ontstaan, toen de retentor noch een verhaal- noch een voorrangrecht toekwam, is onder het huidige recht nog niet verdwenen, zo stelt Van Hees:

'Executoriale verkoop is onaantrekkelijk zo lang het retentierecht wordt uitgeoefend, zeker zo lang de precieze omvang van de door de retentor gepretendeerde vordering waarvoor hij zijn terughoudingsrecht uitoefent niet is vastgesteld. Dit laatste vormt ook een belemmering voor de mogelijkheid zelf de retentor te voldoen. Een executant zal niet veel voelen voor een discussie met de retentor over de hoogte van zijn vordering dan wel met de schuldenaar nadat hij deze vordering heeft voldaan.'⁹⁷⁷

Zolang de retentor geen beslag legt en overeenkomstig een beslaglegger wordt behandeld, ontbreekt bij executoriale verkoop de mogelijkheid het goed zonder retentierecht te verkopen en de retentor bij de verdeling van de opbrengst overeenkomstig zijn voorrangrecht uit de executieopbrengst te voldoen.

Bij de herziening van de Faillissementswet is dit probleem wel onderkend.⁹⁷⁸ In art. 60 lid 2 Fw is voor de curator de bevoegdheid opgenomen om bij faillissement het goed te verkopen, waarbij de retentor bij de verdeling van de opbrengst met zijn voorrangrecht kan opkomen. Daarnaast heeft, als de curator van deze bevoegdheid geen gebruik maakt (eventueel na een door de retentor gestelde termijn), de retentor een recht van parate executie (art. 60 lid 3 en 4 Fw). De gedachte hierbij is, zo blijkt uit de memorie van toelichting, de volgende:

'Het kan immers zijn dat de curator, gezien de omvang van de vordering van de retentor, noch iets voelt voor toepassing van de bevoegdheid van het huidige [lees: oude] art. 176 lid 3 [...], noch voor opeising van de zaak, gevolgd door verkoop daarvan met wellicht

⁹⁷⁴ Stein stelt dan ook dat de notaris de potentiële kopers van de aanwezigheid van het retentierecht op de hoogte zal moeten stellen, zie: Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:270 BW, aant. 23.6.

⁹⁷⁵ Van Hees 2011, p. 329-330.

⁹⁷⁶ Van Hees 2011, p. 329.

⁹⁷⁷ Van Hees 2011, p. 330.

⁹⁷⁸ Kortmann & Faber 1995, p. 174 (MvT).

aanzienlijke kosten, terwijl de opbrengst dan verder geheel naar de retentor gaat. In verband daarmee is het niet te vermijden om, zo de schuldenaar failliet is verklaard, aan de retentor toch een recht van parate executie toe te kennen, zij het alleen voor het geval dat de curator ook binnen een hem daartoe door de retentor gestelde redelijke termijn, niet van zijn voormelde bevoegdheden gebruik maakt.⁹⁷⁹

Van Hees merkt (in mijn ogen terecht) op dat deze mogelijkheid ook buiten faillissement zou moeten bestaan. Gelijk in onderdeel 6.5.4.1 is betoogd ten aanzien van de kwalitatieve verplichting dient ook hier wettelijk ingrijpen plaats te vinden. Het resultaat hiervan zou moeten zijn dat het retentierecht – ook een wel inroepbaar retentierecht – in beginsel *vervalt* bij executoriale verkoop (vgl. art. 3:273 BW), maar dat, indien het retentierecht *wel* tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen, de retentor bij de verdeling een voorrecht toekomt (vgl. art. 60 lid 2 Fw). Het zou in dat geval ook passend zijn de retentor gelijk een beperkt gerechtigde met een niet-inroepbaar recht te behandelen op het punt van de informatievoorziening (art. art. 546 jo. 515 lid 2, 517 lid 1 en 523 Rv), het recht van art. 517 lid 2 Rv en de bevoegdheid van art. 3:268 lid 2 BW).

6.6 Het huurrecht en de executoriale verkoop⁹⁸⁰

Bij de bespreking van de onderzoeken naar de executoriale verkoop in hoofdstuk 2 is gerefereerd aan de huurproblematiek. Ferwerda e.a. kwalificeerden de illegale exploitatie en bescherming van de huurder als problematisch.⁹⁸¹ In dit onderdeel wordt naar aanleiding hiervan verder geanalyseerd in hoeverre de huidige wettelijke regeling van het huurrecht belemmerend werkt bij het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Voor een goed begrip van de huidige regeling wordt hierna eerst aandacht besteed aan de totstandkoming van deze bepaling in de parlementaire geschiedenis en de positie van de huurder onder de huidige wettelijke regeling.

6.6.1 De parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:264 BW: de belangenafweging

Gedurende de looptijd van de hypothecaire lening blijft de hypotheekgever bevoegd het goed te verhuren.⁹⁸² Het hypotheekrecht is ‘slechts’ een zekerheidsrecht; de hypotheekgever wordt in beginsel niet belemmerd om het goed dat hem in eigendom toebehoort te verhuren. De verhuur kan echter wel invloed hebben op de zekerheid die het hypotheekrecht biedt, omdat bij een

⁹⁷⁹ Kortmann & Faber 1995, p. 174-175 (MvT).

⁹⁸⁰ In het onderstaande wordt voornamelijk aandacht besteed aan het huurbeding. Het pachtbeding, dat eveneens in art. 3:264 BW is opgenomen, wordt buiten deze beschouwing gehouden, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven. Dit neemt niet weg dat sommige passages tevens van toepassing kunnen zijn op het pachtbeding.

⁹⁸¹ Zie onderdeel 3.2.1.

⁹⁸² Vgl. onderdeel 6.5.1.

executoriale verkoop de waarde in verhuurde staat lager kan zijn dan de waarde in onverhuurde staat.⁹⁸³ Met name bij woonruimte zal de verhuur een waardedrukkende invloed hebben.

De waardedrukkende invloed van huur bij woonruimte heeft een aantal oorzaken. Deze oorzaken zijn terug te voeren op de hoge mate van bescherming die de huurder van woonruimte geniet. Zo zal een woning veelal gekocht worden om daarin te gaan wonen (of om deze vrij van huur door te verkopen). Op grond van art. 7:226 BW gaan de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst echter over op de verkrijger, in de volksmond ook wel aangeduid als *koop breekt geen huur*. De verkrijger is gebonden aan de huurovereenkomst, terwijl de huurder in belangrijke mate bescherming geniet tegen de beëindiging van de huurovereenkomst (art. 7:271 e.v. BW). Voorts zijn de mogelijkheden een eenmaal overeengekomen huurprijs te verhogen of verlagen beperkt (art. 7:246 e.v. BW).

Indien het tot een executoriale verkoop komt en het goed dat verkocht moet worden is (mogelijk) verhuurd, is dan ook al snel de vraag wat het gevolg daarvan is voor de huurder. Deze vraag komt bij de verschillende codificaties van het Burgerlijk Wetboek ter sprake. Allereerst tijdens de parlementaire behandeling van art. 1612 OBW, het ‘koop-breekt-geen-huur’-artikel van het oud-BW (vgl. het huidige art. 7:226 BW):

‘Indien een onroerend goed ten gevolge van de insolventie van den eigenaar is vervreemd, kan dan het huurkontraat door den koper worden vernietigd?’⁹⁸⁴

De discussie die op deze vraag volgde leidde tot de invoering van art. 1230 OBW.⁹⁸⁵ Het daarin opgenomen beding, dat de hypotheekhouder in de akte moet opnemen als hij het goed vrij van huur wil kunnen verkopen bij executoriale verkoop, wordt in de doctrine en praktijk als *het huurbeding* aangeduid. Uit de memorie van toelichting blijkt dat bij de totstandkoming van deze bepaling doorslaggevende betekenis is toegekend aan het belang van de hypotheekhouder:

⁹⁸³ Zie ook Hoge Raad 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn (Gay Association c.s./Engelen c.s.).

⁹⁸⁴ Voorduin V 1838, p. 220.

⁹⁸⁵ Zie voor deze discussie: Voorduin V 1838, p. 220-238; Voorduin IV 1838, p. 568-576; Westrik 2001, p. 27-45. De bepaling van art. 1230 OBW luidde als volgt: ‘Indien de akte, waarbij de hypotheek is gevestigd, een uitdrukkelijk beding bevat, waarbij de schuldenaar in zijne bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming des schuldeischers te mogen verhuren of verpachten, hetzij ten aanzien van de wijze waarop, of van den tijd gedurende welke hetzelfde zal kunnen worden verhuurd of verpacht, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huur- of der pachtpenningen, zal zoodanig beding niet alleen verbindende zijn tusschen de partijen, maar ook tegen den huurder of den pachter kunnen worden ingeroepen door den schuldeischer die zoodanig beding op de openbare registers zal hebben doen aantekenen.’

‘Dit art. [...] was hier ter plaatse ingelascht, ‘om de schuldeischers voor schade te waarborgen, waaraan zij, volgens de dagelijksche ondervinding, maar al te zeer zijn blootgesteld.

Het gebeurt toch zeer dikwijls, dat verhypothekeerde perceelen door den eigenaar en na het leggen van het verband, voor vele jaren worden verhuurd of verpacht; of wel de huur- of pachtpenningen, voor eene reeks van jaren worden *vooruitgenoten*; hierdoor verliest het pand natuurlijk veel van deszelfs waarde, terwijl de schuldenaar daardoor voordeelen trekt, waarvan hij de schuldeischer berooft.’⁹⁸⁶

De hiervoor geciteerde vraag werd met de invoering van art. 1230 OBW als volgt beantwoord: de hypotheekhouder kan, mits hij dit in de hypotheekakte heeft bedongen, bij executoriale verkoop een beroep doen op het onverbindend-zijn van de huurovereenkomst.

Door het opnemen van het huurbeding in de hypotheekakte is door raadpleging van de openbare registers kenbaar of verhuur op grond van de hypotheekakte is toegestaan. Hierin is de rechtvaardiging gelegen van de inroepbaarheid van het huurbeding tegenover de huurder, zoals de Hoge Raad reeds in 1924 oordeelde.⁹⁸⁷ Struycken spreekt hierbij over de ‘fictie van kennisneming’:

‘Het is niet realistisch om te veronderstellen dat huurders en pachters kennis nemen van de openbare registers, en eigenlijk zelfs niet om te veronderstellen dat zij in staat zijn om kennis te nemen van de inhoud van een hypotheekakte.’⁹⁸⁸

Het hierop door Struycken voorgestelde systeem van *notice filing* biedt een goed alternatief, omdat dan door raadpleging van de Basisregistratie Kadaster duidelijk is dat sprake is van een huurbeding, waardoor niet de onderliggende akte hoeft te worden geraadpleegd. Dit zou ook mogelijk moeten zijn voor de overige hypotheekbedingen die tegen derden kunnen worden ingeroepen, zoals het onder 6.7 te bespreken beheerbeding en beding van onder zich nemen.

Na invoering van art. 1223 lid 2 OBW kwam al snel de vraag op of ook de *koper* een beroep op art. 1230 OBW toekwam. Deze vraag zal gedurende het bestaan van het huurbedingartikel een belangrijke rol blijven spelen. Het belang van een antwoord hierop blijkt bijvoorbeeld uit de annotatie van Meijers onder het arrest

⁹⁸⁶ MvT zoals weergegeven bij Voorduin IV 1838, p. 571-572. Cursivering in oorspronkelijke tekst. Kleijn geeft aan dat de wetgever in 1838 een ‘vooruitziende blik’ heeft gehad, ‘gezien het feit dat pas sinds 1940 echt voor een lange – schijnbaar nimmer eindigende – periode in Nederland een zodanige woningnood blijft gehandhaafd, dat de grote vraag naar lege, onverhuurde koopwoningen meebrengt dat een dergelijke woning ongeveer het dubbele waard is geworden van een verhuurde woning’. (Kleijn 1981, p. 77-78). Het belang van het huurbeding werd dan ook eerst met name na WOII duidelijk, zie ook Huijgen 2002, p. 204.

⁹⁸⁷ Hoge Raad 10 april 1924, *NJ* 1924, 584 (Schmiedel/Algemeene Hypotheek- en Verzekeringsbank). Zie ook: HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn (Gay Association c.s./Engelen c.s.), waarover onderdeel 6.6.2.6. Dat de wetgever echter aan dit uitgangspunt vasthoudt volgt ook uit de antwoorden van de minister voor WWI in 2008: *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 479, p. 1004.

⁹⁸⁸ Struycken 2009, p. 184.

De Boer/Haskerveenpolder.⁹⁸⁹ Stel dat de executant niet op de hoogte is van de verhuur en geen beroep doet op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst. Of, zoals in het arrest, stel dat na de verkoop blijkt dat de schuldenaar de huurpenningen heeft gecedeerd, waardoor de koper geen huurpenningen kan innen. Kan de koper *na* verkoop dan het huurbeding (of de nietigheid van de overeenkomst tot cessie) nog invoeren? Als dat niet het geval is, zou dat misbruik in de hand kunnen werken, aldus Meijers:

‘De schuldenaar, die handelt ter verkorting van de rechten van schuldeischers door overeenkomsten van afstand of cessie van huurpenningen, kan dit ongestraft doen als hij maar zorgt, dat vóór en tijdens de executie deze overeenkomst aan den schuldeischer-executant verborgen blijft, zoodat deze verhinderd is tijdig haar nietigheid in te roepen. Is de executie afgelopen, dan kan hij triomfantelijk de overeenkomst toonen: noch schuldeischer noch koper kunnen hem iets maken.’

Met andere woorden, als de koper zich na executoriale verkoop niet kan beroepen op het huurbeding wordt het ‘bedrog’ van de eigenaar en huurder beloond, nu de huurder na de executoriale verkoop zijn huurrecht tegen de koper kan invoeren. Het gevolg is dat ofwel de koper heeft geboden op een woning vrij van huur en derhalve veelal meer heeft betaald dan hij zou hebben gedaan als de woning niet vrij van huur werd aangeboden, ofwel de bidders met de *mogelijke* verhuur bij het uitbrengen van hun bod rekening gaan houden – met alle gevolgen voor de opbrengst bij executoriale verkoop van dien.

Invoering van het recht van de koper om een beroep te doen op het huurbeding kan deze problematiek (deels) verhelpen, zoals hierna zal blijken. Van Velten geeft nog een andere reden om de koper bij executoriale verkoop een beroep op het huurbeding toe te kennen:

‘In de regel laten namelijk hypotheekhouders – met name de hypotheekbanken – zich weinig gelegen liggen aan de nakoming van het beding, zolang maar rente en aflossing geregeld betaald worden. Eerst bij executie wordt dit anders [...], maar ook dan bestaat er voor de hypotheekhouder – met name zolang het te veilene voldoende overwaarde heeft – veelal geen aanleiding tegen de huurder, die in strijd met het beding in het pand zit op te treden. Ontzegt men de koper de bevoegdheid tegen de huurder op te treden, dan zal dus in vele gevallen het voorschrift niet op bevredigende wijze in de behoeften van het maatschappelijk verkeer blijken te voorzien. Andere gerechtigden op de opbrengst zouden van een lagere opbrengst – aangenomen dat een onverhuurd of onverpacht onderpand bij verkoop meer zal opleveren – de dupe kunnen worden.’⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ Hoge Raad 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848 m.nt. E.M. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder).

⁹⁹⁰ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 361.

De moeilijkheid zit er hier in dat de hypotheekhouder veelal geen behoefte zal de huurder tot ontruiming te dwingen. De hypotheekhouder zal de uitvoering van het huurbeding dan ook willen overlaten aan de koper.

De mogelijkheid het inroepen van het huurbeding over te laten aan de koper, zodat vrij van huur kan worden verkocht, maar de hypotheekhouder geen zorg hoeft te dragen voor de effectuering daarvan, is diverse malen aan de Hoge Raad voorgelegd. De ontwikkelingen in de beantwoording van deze vraag door de Hoge Raad vertonen sterke samenhang met de in onderdeel 6.3.1 besproken ontwikkelingen in de discussie tussen mandaat- en executieleer. Zoals in onderdeel 6.3.1 uitgewerkt, paste de Hoge Raad in het arrest Kaal/Hoefnagels uit 1924 nog de mandaatleer toe en oordeelde dat ‘waar de eigenaar het recht miste om de huurovereenkomst, die hij zelf had aangegaan, te laten nietig verklaren, dat recht ook niet van den hypotheekhouder op den koper kon overgaan.’⁹⁹¹ Uit de overige jurisprudentie die is verschenen onder het oud-Burgerlijk Wetboek komt naar voren dat art. 1223 lid 2 OBW vanwege de discussie tussen mandaat- en executieleer geen zekerheid bood over de bevoegdheid van het inroepen van het huurbeding door de koper. De ontwerper van het huidige Burgerlijk Wetboek, Meijers, wenste deze zekerheid wel. Zoals uit de hierboven geciteerde passage uit de annotatie onder het arrest De Boer/Haskerveenpolder blijkt, was Meijers kritisch over het oordeel van de Hoge Raad dat de executiekoper niet de nietigheid van de huurovereenkomst kan inroepen. Het moge dan ook geen verbazing wekken dat Meijers in zijn ontwerp-Burgerlijk Wetboek expliciet een recht voor de koper, om na uitwinning het huurbeding in te roepen, opnam.⁹⁹²

Tijdens de hierop volgende parlementaire behandeling van het huurbedingartikel kwam echter het belang van de huurder meer en meer op de voorgrond te staan.⁹⁹³ Kamerlid Salomons startte de discussie en uitte tijdens het overleg van de vaste Commissie voor Justitie haar bedenkingen tegen het ontwerp-hurbedingartikel, nu in het huurrecht tegelijkertijd juist gewerkt werd aan een ‘vrij vergaande poging tot bescherming’ van de huurder:

‘Wij zijn niet bijzonder gelukkig met de voorgestelde regeling en menen dat de afweging van de twee belangen in het desbetreffende artikel niet zo goed is gedaan, ondanks het

⁹⁹¹ Hoge Raad 30 mei 1924, *NJ* 1924, 839 (Kaal/Hoefnagels c.s.).

⁹⁹² Parl. Gesch. Boek 3, p. 814-815 (TM).

⁹⁹³ Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 363; Huijgen 2007, p. 43. Zie hierover kritisch: Heuff 1991, p. 120. Heuff meent dat bij de totstandkoming van het huidige BW ‘men zich te veel heeft laten leiden door bewogenheid met huurders, die hun woning zouden moeten prijsgeven en zich te weinig bewust is geweest van de olievlekwerkende ingreep op de omvang van de hypothecaire financiering, speciaal ten aanzien van woningen’.

feit dat het een lange historie heeft. Wij vragen ons af of er voor de huurder die de registers niet zal raadplegen geen betere voorzieningen zijn te treffen.⁹⁹⁴

Om de verhouding van het huurbeding tot het huurrecht in samenhang te kunnen beschouwen, werd de discussie over de bescherming van de huurder bij executoriale verkoop verschoven naar de behandeling van de Invoeringswet.⁹⁹⁵

Uit de memorie van toelichting bij de Invoeringswet maakte de minister allereerst duidelijk welke belangen bij het huurbedingartikel tegenover elkaar staan:

‘Om te beginnen is er het belang van de huurder, in het bijzonder de huurder van woonruimte, dat hij niet als gevolg van een beroep op het huurbeding – van het bestaan en de inhoud waarvan hij in veel gevallen in feite niet op de hoogte zal zijn – op korte termijn het gehuurde zal moeten ontruimen. Daartegenover staat niet alleen het belang van de hypotheekhouder bij een voldoende opbrengst van de executie, maar vooral ook het belang van een deel van het publiek, dat voor woonruimte op koop en derhalve op de financiering daarvan tegen op de woning te verlenen hypotheek is aangewezen. Afname van deze groep door verminderde financieringsmogelijkheden zal tot toename van het aantal gegadigden voor huurwoningen leiden. Voorts is er het meer algemene belang van de financiering van het bestand van woon- en bedrijfsruimte, waaronder de financiering van de woningbouw. Te bedenken valt voorts dat de thans lopende hypothecaire kredieten veelal voor langere tijd zijn verleend en een bescherming van de huurder in die gevallen een nadeel kan betekenen, waarmee de hypotheekhouder bij de kredietverlening geen rekening heeft kunnen houden. In dit verband speelt voorts een rol dat een geringere opbrengst bij executie als gevolg van bescherming van de huurder ertoe zal leiden dat, ingeval een gemeentegarantie is gegeven, die garantie tot een hoger bedrag zal worden aangesproken.’⁹⁹⁶

Vervolgens werd in eerste instantie in de Invoeringswet aan het huurbeding-artikel een aantal leden toegevoegd die op hoofdlijnen overeenkomen met de huidige leden 4-6 van art. 3:264 BW. Deze ten behoeve van de huurder opgenomen bepalingen werden later echter weer geschrapt,⁹⁹⁷ waarbij de minister vooral hechtte aan het belang van de financiering van woonruimte:

‘Als de positie van de huurder te veel beschermd wordt, worden huizen die niet voor eigen bewoning bestemd zijn onfinancierbaar of zeer bezwaarlijk financierbaar. Dat heeft grote bezwaren op het terrein van het bouwen van huurwoningen met behulp van door hypotheek verstrekte leningen.

Er moet inderdaad een politieke afweging gemaakt worden, waarbij wij niet zozeer het economisch belang van de geldgever moeten wegen, maar het economisch belang of er nog geld gegeven wordt. Naar mate de positie van de huurder te veel beschermd wordt,

⁹⁹⁴ Parl. Gesch. Boek 3, p. 817-818.

⁹⁹⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 817 (MvA).

⁹⁹⁶ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1355 (MvT).

⁹⁹⁷ Uit de Nota II Voortgang komt naar voren dat bij de zgn. stofkamoperatie is besloten aan deze leden een afzonderlijk wetsontwerp te wijden. (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1356-1357.)

wordt het risico gelopen dat niemand daar nog geld in wil steken. Dat zal dus moeten worden afgewogen.⁹⁹⁸

In het verloop van de parlementaire debatten hield de minister steeds vast aan dit belang. Wel werd, na een aanbeveling van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, een financiële compensatie gelijk het huidige lid 7 van art. 3:264 BW voor de huurder opgenomen in het huurbedingartikel.⁹⁹⁹ De minister wees er daarbij (nogmaals) op dat verdere bescherming van de huurder niet nodig was. Omdat de huurder eerst met een afzonderlijke executoriale titel tot ontruiming kan worden gedwongen, kan de huurder zich in voorkomende gevallen in de procedure die daartoe wordt opgestart verweren met een beroep op misbruik van bevoegdheid.¹⁰⁰⁰ De huurder heeft derhalve, zo stelde de minister, wel degelijk mogelijkheden om zichzelf te verzetten tegen een ontruiming.

Naar aanleiding van het arrest *Albers c.s./Assmann c.s.* werd vervolgens het eerste lid van het huurbedingartikel gewijzigd.¹⁰⁰¹ In dit in onderdeel 6.6.2.1 uitgebreider te bespreken arrest oordeelde de Hoge Raad, met een beroep op de *strekking* van het huurbedingartikel (het voorkomen van waardedaling ten nadele van de hypotheekhouder), dat ook de koper zich kan beroepen op het huurbeding. Dit betekende een ommezwaai ten opzichte van *Kaal/Hoefnagels c.s.*-arrest. De mogelijkheid tot een beroep op het huurbeding bestaat, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Albers c.s./Assmann c.s.*, indien de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden de bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding aan de koper overlaat.¹⁰⁰²

Naast deze wijzigingen kwam het bovendien uiteindelijk toch nog tot een verdergaande bescherming van de huurder, met name de huurder van woonruimte, als gevolg van het aangenomen amendement van Kamerleden Salomons en Van der Burg.¹⁰⁰³ Door het aangenomen amendement zijn de leden 4 tot en met 6 alsnog aan het huurbedingartikel toegevoegd. Swildens-Rozendaal, opvolger van Salomons als Kamerlid, onderbouwde de invoering van het vierde lid door te stellen dat in feite de situatie na invoering daarvan niet drastisch wijzigde:

⁹⁹⁸ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1358 (VC II Voortgang).

⁹⁹⁹ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1360-1361 (VV & MvA).

¹⁰⁰⁰ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1361 (MvA).

¹⁰⁰¹ Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (*Albers c.s./Assmann c.s.*). Zie: Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1362 (NvW).

¹⁰⁰² Zie ook nota van wijziging: de bevoegdheid tot vernietiging van de koper is slechts een uitvloeisel van die van de hypotheekhouder. (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1362.)

¹⁰⁰³ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1362-1363 (NvW & VC II Voortgang).

‘Het amendement heeft tot doel, de huurder te beschermen indien het beding gemaakt wordt terwijl het pand reeds verhuurd is. Dit is niets nieuws. Het huidige artikel 1230 Burgerlijk Wetboek geeft dezelfde bescherming. Wordt nieuwe huur op voor de hypotheekhouder niet meer bezwarende gronden afgesloten, dan geldt hetzelfde. Bij meer bezwarende gronden kan dus wel het beding worden ingeroepen.’¹⁰⁰⁴

De indieners van het amendement achtten bescherming van de huurder aangewezen, indien de hypotheekhouder ook met instandhouding van de huurovereenkomst uit de opbrengst voldaan kan worden.¹⁰⁰⁵

‘Wat de positie van de *hypotheekgever* betreft, kan gezegd worden dat voor de huidige hypotheekgever – evenals voor de toekomstige, na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek – geldt dat zij het zelf zijn die in strijd met een gemaakt beding verhuurd hebben [...]. Het spreekt mijn fractie dan ook niet aan dat zij onder het huidige recht ‘beschermd’ worden en het eventuele surplus ontvangen nadat het pand in onbewoonde staat kan worden geëxecuteerd, ten koste van de belangen van de huurder, die in de meeste gevallen van het bestaande beding niet op de hoogte is. [...] Waar nu de *hypotheekhouder*, bij voldoende opbrengst in verhuurde staat, kan worden voldaan, dan wel, zo dit niet het geval lijkt [...] met succes een beroep op het huurbeding kan doen en hij het pand uiteindelijk in onbewoonde staat kan verkopen, waarbij geen waardedaling plaatsvindt, is het nog maar zeer de vraag of de financieringsbereidheid van de hypotheekhouders in de praktijk inderdaad zal afnemen.’¹⁰⁰⁶

Dit amendement werd in stemming gebracht en aangenomen. De leden 4 tot en met 6 hebben evenwel pas later volle werking gekregen tegenover bedingen in de hypotheekakte gemaakt op basis van art. 1230 OBW, namelijk per 1 januari 1995.¹⁰⁰⁷ En zo is het huurbedingartikel in geheel ander gedaante teruggekeerd in het Burgerlijk Wetboek, zij het met een gelijke achterliggende reden als art. 1230 OBW. Ook op grond van het huidige huurbedingartikel kan een huurovereenkomst in beginsel aan de hypotheekhouder en de koper bij executoriale verkoop worden tegengeworpen, *tenzij* de hypotheekhouder een huurbeding heeft opgenomen in de hypotheekakte die is ingeschreven in de openbare registers. Met art. 3:264 BW heeft de wetgever de belangenafweging tussen huurder en hypotheekhouder echter meer dan in art. 1230 OBW in het voordeel van de huurder doen uitkomen.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6). 1364 (VC II Voortgang).

¹⁰⁰⁵ Vgl. onderdeel 6.5.3 ten aanzien van de positie van een gerechtigde tot een kettingbeding bij executoriale verkoop.

¹⁰⁰⁶ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1364 (VC II Voortgang). Cursivering toegevoegd door mij.

¹⁰⁰⁷ Zie hierover: Van Ingen 1995, p. 591. In mijn artikel I. Visser, ‘Heroverweging van het huurbedingartikel (art. 3:264 BW): een voorstel’, *FTV* 2011, 3 staat ten onrechte dat de leden 4-8 pas op 1 januari 1995 zijn ingevoerd.

¹⁰⁰⁸ Deze belangenafweging is niet zonder kritiek ontvangen in de literatuur. Van Ingen stelt dat de literatuur ‘bij de totstandkoming reeds verdeeld [was] over de voorliggende redactie’: Van Ingen 1995, p. 591. Zie voor kritische literatuur o.m.: Van Heeswijk →

De Kamerleden zijn na invoering van art. 3:264 BW nog niet uitgesproken over het huurbeding.¹⁰⁰⁹ Uit deze Kamerstukken volgt onder meer – opvallend genoeg – dat niet iedereen de regeling van art. 3:264 BW even huurder-vriendelijk vindt. Zo vroeg Kamerlid Jansen (SP) aan de ministers voor Wonen, Wijken en Integratie (WWI) en Justitie in 2008:

‘Kunnen huurders, buiten hun particuliere verhuurder om, achterhalen of de hypotheekverstrekker toestemming heeft gegeven voor het verhuren van de woning? Zo ja, hoe kunnen zij dit doen? Zo neen, bent u van mening dat de huurbescherming van deze potentiële huurders hiermee ondermijnd wordt, terwijl ze zelf geen actie kunnen ondernemen om dit te voorkomen?’¹⁰¹⁰

De lange totstandkomingsgeschiedenis van het huurbedingartikel zorgt ervoor dat in de jaren erna de minister van Justitie vrijwel steeds weigert aan deze bepaling te tornen. In de antwoorden op bovenstaande vraag bijvoorbeeld stelde de minister voor WWI dat sprake is geweest van een zorgvuldige afweging bij de totstandkoming van het huurbedingartikel. Een verdergaande bescherming van de huurder, zoals Jansen beoogt, achtte de minister dan ook niet wenselijk.

Het huurbedingartikel blijkt bovendien tijdens de huidige economische crisis aan kritiek onderhevig. Het huurbeding kan tijdens de crisis roet in het eten gooien voor de hypotheekgever die in verband met de aankoop van zijn nieuwe woning zijn oude, nog niet verkochte woning wil verhuren. Hypothecaire financiers geven de eigenaar namelijk geen toestemming voor verhuur, omdat zij anders op grond van art. 3:264 lid 1 BW bij executoriale verkoop het huurbeding niet meer kunnen invoeren. Anderzijds kan de hypotheekgever zonder verhuur veelal niet aan zijn maandelijkse verplichtingen voldoen. De Vereniging Eigen Huis (VEH) heeft er daarom in 2009 bij de minister voor WWI op aangedrongen de verhuur van te koop staande woningen, in verband met de economische crisis, te vergemakkelijken.¹⁰¹¹ De minister van Financiën wijst in zijn antwoord op Kamervragen naar aanleiding van het voorstel van

2005, p. 58-61; Westrik 2005, p. 27-49; Gerver 2001, p. 73; Albers-Dingemans 1998, p. 21; Hielkema 1993, p. 10-16; Heuff 1991, m.n. p. 124-125 (zie ook hierboven, voetnoot 10); Van Velten 1989, p. 767-772; Stein 1985, p. 265-269; De Haas 1984-I, p. 233-235 (met reactie van Rodenburg & Russel 1984, p. 438-441).

¹⁰⁰⁹ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 479; *Aanhangsel Handelingen I* 2003/04, nr. 16; *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 245; *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089 enz., nr. 20, p. 1-4 (Brief van de minister van Justitie); *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 32 (Nota n.a.v. Verslag).

¹⁰¹⁰ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 479.

¹⁰¹¹ Brief Vereniging Eigen Huis aan de minister voor WWI, 6 februari 2009, via <www.veh.nl>. Zie voor de Kamervragen naar aanleiding van deze brief: *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1709. Zie ook: *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1409.

VEH op de mogelijkheden die de Leegstandswet biedt.¹⁰¹² Op grond van deze wet kan de gemeente een vergunning afgeven voor het tijdelijk verhuren van de woning. De huurder ontbeert dan huurbescherming. Bij (executoriale) verkoop is de regel ‘koop breekt geen huur’ (art. 7:226 BW) dan ook niet van toepassing.¹⁰¹³ Dit kan hypotheekhouders ertoe bewegen *toch* verhuur toe te staan.¹⁰¹⁴ Uit een brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 20 januari 2012 blijkt dat hypotheekhouders positief staan tegenover de mogelijkheid van verhuur op grond van de Leegstandswet.¹⁰¹⁵ Wel worden een aantal vereenvoudigingen van de Leegstandswet aangekondigd, om deze vorm van verhuur te bevorderen.¹⁰¹⁶

Aan het huurbedingartikel zelf werd echter tot voor kort niet getornd. Het wetsvoorstel Executieveilingen brengt hierin verandering. In de voorgestelde wijziging van art. 3:264 BW wordt de hypotheekhouder bij de *openbare* verkoop van *een tot bewoning bestemde onroerende zaak* in beginsel verplicht het huurbeding bij woonruimte in te roepen. In beginsel, want het wetsvoorstel formuleert drie uitzonderingen: de instandhouding van de huur is in het belang van de opbrengst; ook met instandhouding zal kennelijk een voldoende opbrengst worden verkregen om de hypotheekhouders te voldoen die het huurbeding in de hypotheekakte hebben opgenomen en dit jegens de huurder kunnen inroepen; er kunnen geen personen op grond van een huurovereenkomst gebruikmaken van het goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop ex art. 516 Rv. Verder wordt de ontruimingstermijn van art. 3:264 lid 6 BW verkort tot drie maanden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de eerste wijziging is ingegeven door de gedachte dat de executoriale verkoop hiermee aantrekkelijker wordt voor particulieren.¹⁰¹⁷ Momenteel kan de koper bij executoriale verkoop geconfronteerd worden met onbekende huurders die hij in geval van woonruimte niet meer tot ontruiming kan dwingen, indien de hypotheekhouder geen verlot heeft gevraagd voor het inroepen van het huurbeding. Verplichte inroeping van het huurbeding vermindert het risico voor de koper, hetgeen de veilingkoop aantrekkelijker maakt, zo is de gedachte. Met dit wetsvoorstel wordt niet zozeer getornd aan de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het huurbeding, maar wordt aan de hypotheekhouder een *verplichting* opgelegd om vrijwel bij iedere executoriale verkoop van zijn

¹⁰¹² *Aanhangsel Handelingen II* 2009/09, nr. 1709.

¹⁰¹³ De opvatting dat deze regel sowieso niet van toepassing is bij executoriale verkoop door de hypotheekhouder komt in onderdeel 6.6.3 aan bod.

¹⁰¹⁴ Zie ook Voorwaarden & Normen NHG, waar in art. B6 verhuur wordt toegestaan, mits deze op grond van de Leegstandswet is aangegaan, www.nhg.nl.

¹⁰¹⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 27 926, nr. 178, p. 7.

¹⁰¹⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 436, nr. 2 e.v.

¹⁰¹⁷ MvT, p. 14.

bevoegdheden op grond van het in de hypotheekakte opgenomen huurbeding gebruik te maken. In onderdeel 6.6.4 wordt geanalyseerd of deze wijziging de huidige knelpunten van het huurbedingartikel op bevredigende wijze oplost. Voor een goed begrip van de huidige regeling en de knelpunten daarvan wordt hierna eerst verder ingegaan op de werking van het huurbedingartikel onder het huidige recht.

6.6.2 De werking van art. 3:264 BW

In dit onderdeel staan de belangrijkste vraagstukken met betrekking tot het huurbedingartikel centraal. Het doel hiervan is de bepaling te verduidelijken, hetgeen zowel de theorievorming met betrekking tot de executoriale verkoop als de executoriale verkooppraktijk ten goede komt. Daarnaast worden waar nodig aanbevelingen voor wijziging van de wettelijke regeling gedaan. Deze analyse ziet in eerste instantie op de mogelijkheid een huurrecht dat is overeengekomen *na* het hypotheekrecht te vernietigen. De huurder die vóór de vestiging van het hypotheekrecht zijn huurrecht overeenkwam wordt, gelijk een beperkt gerechtigde met een anterieur recht,¹⁰¹⁸ in beginsel beschermd (art. 3:264 lid 4, tweede zin BW).¹⁰¹⁹

6.6.2.1 Inroepen van het huurbeding

Art. 3:264 lid 1 BW spreekt over het inroepen van het huurbeding. Dat doet de vraag opkomen wat precies onder het *inroepen van het huurbeding* moet worden verstaan: het enkele beroep op het onverbindend zijn van de huurovereenkomst of ook de uitvoerende handelingen door de hypotheekhouder of koper? Het antwoord op deze vraag is bijvoorbeeld van belang voor de invulling van de bevoegdheden van de hypotheekhouder en/of koper tegenover de huurder en derhalve voor de omschrijving van de bevoegdheid in de veilingvoorwaarden, als de hypotheekhouder het inroepen van het huurbeding (deels) overlaat aan de koper.

Uit art. 3:264 BW lijkt te volgen dat inroepen *meer* inhoudt dan een beroep op het onverbindend zijn in de veilingvoorwaarden. In deze bepaling staat immers dat het inroepen ook kan geschieden door de koper, indien de hypotheekhouder deze bevoegdheid op het tijdstip van verkoop nog bezit en de bevoegdheid in de veilingvoorwaarden aan hem overlaat. Als een enkel beroep in de veilingvoorwaarden op het onverbindend zijn van de huur voldoende was geweest, zou het niet nodig zijn geweest de bevoegdheid tot het inroepen over te laten aan de koper.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ Vgl. onderdeel 6.5.2.

¹⁰¹⁹ Zie verder onderdeel 6.6.2.6.

¹⁰²⁰ In gelijke zin: Stein 2001, p. 849. Anders: Westrik 2001, p. 116.

Voor de beantwoording van de vraag is voorts van belang dat art. 3:264 lid 1 BW, zoals in onderdeel 6.6.1 besproken, is gebaseerd op het arrest *Albers c.s./Assmann c.s.*¹⁰²¹ De tekst van art. 3:264 lid 1 BW stemt echter niet geheel overeen met het oordeel van de Hoge Raad in dat arrest:

‘dat de hypotheekhouder alsdan het niet verbindend zijn van een huurovereenkomst wegens strijd met het huurbeding kan invoeren door in de veilingvoorwaarden betreffende de executie of de in art. 1233, lid 2 in verband met art. 1255 BW bedoelde verkoop te vermelden dat bedoeld beroep wordt gedaan of dat vrij van huurovereenkomsten, gesloten na de vestiging van de hypotheek, zal worden geleverd, dan wel dat koper het recht zullen hebben ontruiming te vorderen jegens huurders, die met de eigenaar zulke huurovereenkomsten hebben gesloten’.

Uit dit arrest volgt dat het invoeren *in de veilingvoorwaarden* wordt gedaan. De uitvoering van de bevoegdheden die de hypotheekhouder heeft als gevolg van het invoeren van het huurbeding wordt vervolgens overgelaten aan de koper. De op dit arrest gebaseerde bewoordingen van art. 3:264 BW lijken echter onder invoeren niet alleen een beroep in de veilingvoorwaarden te worden verstaan, maar wel degelijk ook de *uitvoering* ervan, in de zin van een mededeling aan de huurder dat daadwerkelijk tot vernietiging van de huur wordt overgegaan. Die mededeling kan, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, ook geschieden door een buitengerechtelijke verklaring.¹⁰²² Het bepaalde in art. 3:50 lid 2 BW is daarbij niet van toepassing, dus de vernietiging komt ook tot stand indien niet alle partijen berusten in de vernietiging.

Om de daadwerkelijke vernietiging van de huurovereenkomst tot stand te brengen is echter meer nodig, zo volgt uit het arrest *Pirouette/Broekmeulen*.¹⁰²³ De casus die ten grondslag ligt aan dit arrest is niet ongebruikelijk bij de executoriale verkoop: de hypotheekhouder gaat over tot executoriale verkoop, doet in de veilingvoorwaarden een beroep op de nietigheid van de huur en draagt zijn rechten uit het huurbeding over aan de koper. Vervolgens koopt de hypotheekhouder het goed zelf en maant huurder *Pirouette* tot ontruiming. In plaats van levering aan de hypotheekhouder/koper wordt direct geleverd aan de opvolgende koper, *Broekmeulen*. *Broekmeulen* doet vervolgens een beroep op het huurbeding. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet mogelijk is:

‘Er bestaat geen grond om aan een door de hypotheekhouder in de veilingvoorwaarden gedaan beroep als bovenbedoeld verdergaande gevolgen toe te kennen, zulks afgezien van het zich hier niet voordoende geval dat de hypotheekhouder, na zijn beroep op de onverbindendheid van de huurovereenkomst ook tot de huurder te hebben gericht, zelf, met het oog op zijn eventuele belang om het goed ter verkrijging van een hogere

¹⁰²¹ Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (*Albers c.s./Assmann c.s.*).

¹⁰²² Parl. Gesch. Boek 3, p. 815 (MvA).

¹⁰²³ Hoge Raad 3 februari 1989, *NJ* 1990, 249 m.nt. W.M. Kleijn (*Pirouette/Broekmeulen*).

opbrengst leeg ter veiling te kunnen aanbieden, reeds voor de veiling van deze ontruiming heeft verkregen. Met name is er [...] geen reden om buiten dit laatste geval aan een zodanig beroep het gevolg te verbinden dat de huurovereenkomst is vervallen met rechtsgevolg ook tegen derden, noch om te aanvaarden dat de boven omschreven bevoegdheid zou toekomen aan anderen dan de eigenaar geworden veilingkoper.’

De vernietiging van de huurovereenkomst vindt, zo kan op grond van dit arrest worden geconcludeerd, pas plaats op het moment dat de huurder tot *ontruiming* wordt gedwongen. Hieruit volgt dat het beroep op het huurbeding in de veilingvoorwaarden en de mededeling aan de huurder door de koper dat hij tot ontruiming moet overgaan, onvoldoende zijn voor vernietiging van de huur. De koper zal er ook voor moeten zorgen dat de huurder het goed ook daadwerkelijk verlaat, al dan niet door de huurder tot ontruiming te dwingen in de zin van art. 555 e.v. Rv.

Deze vernietiging werkt in twee opzichten relatief:

‘In de eerste plaats heeft de vernietiging alleen plaats ten behoeve van degene die het beding inroept. Dit betekent bijvoorbeeld dat de verhuurder niet wordt bevrijd van zijn verplichting om de huurder het huurgenoet te verschaffen. De huurder kan hem wegens wanprestatie aanspreken, indien hij door de hypotheekhouder gedwongen het gehuurde verlaat.

In de tweede plaats werkt de vernietiging niet verder dan met het recht van degene die het inroept in overeenstemming is. Zo zal een koper de huurovereenkomst in beginsel niet verder kunnen vernietigen, dan vanaf het tijdstip dat de koper rechthebbende op het goed wordt. Hij kan dus niet de nietigheid van de huur inroepen over de periode voordat de koper rechthebbenden is geworden.’¹⁰²⁴

Van de relatieve werking van de vernietiging, in die zin dat slechts ten opzichte van de hypotheekhouder of koper de huur wordt vernietigd, blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis, waar uitdrukkelijk wordt verwezen naar (het huidige) art. 3:45 lid 4 BW.¹⁰²⁵ Dit betekent dat ook na het inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder of koper noch de huurder, noch de verhuurder ontslagen is van de verplichtingen die voortvloeien uit de huurovereenkomst. De huurder heeft derhalve nog steeds een betalingsverplichting jegens de hypotheekgever/verhuurder en de verhuurder blijft zijne-zijds verplicht de huurder het huurgenoet te geven. Mijns inziens dienen huurder en verhuurder in ieder geval aan deze verplichtingen te voldoen tot het moment waarop daadwerkelijk tot ontruiming wordt overgegaan door ofwel de hypotheekhouder, ofwel de koper. Na ontruiming zal de huurder de verhuurder

¹⁰²⁴ Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 876.

¹⁰²⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 815 (MvA).

in beginsel kunnen aanspreken uit wanprestatie; vraag is natuurlijk wel hoeveel de huurder hieraan heeft in geval van een insolvente verhuurder.¹⁰²⁶

Overigens wordt in de literatuur nog terecht kritiek geuit op het begrip *vernietiging* in art. 3:264 BW. Het vernietigen van de huur is niet wat de hypotheekhouder voor ogen heeft, hij wenst immers slechts dat de huur bij de executoriale verkoop niet overgaat op de veilingkoper. Hijma pleit voor een ander begrip:

‘In wezen gaat het om een geval van niet-inroepbaarheid: de huurder kan zijn huurovereenkomst niet als juridisch in acht te nemen gegeven aan de hypotheekhouder tegenwerpen. Dat daarbij voor de positieve formuleren is gekozen (de hypotheekhouder kan wèl tegenwerpen), benadrukt nog eens dat de kwestie slechts actueel wordt indien de hypotheekhouder inderdaad zijn van rechtswege geconserveerde rechtspositie vervolgt.’¹⁰²⁷

Roes pleit voor de term ‘niet-tegenstelbaarheid’.¹⁰²⁸ De termen ‘niet-inroepbaarheid’ en ‘niet-tegenstelbaarheid’ geven beter de situatie aan. De huurovereenkomst tussen de hypotheekgever/verhuurder en de huurder is immers volkomen geldig, wordt derhalve niet vernietigd, maar in geval van executoriale verkoop hoeft de hypotheekhouder zich hieraan in beginsel niets gelegen te laten liggen. Als de hypotheekhouder een succesvol beroep doet op het huurbeding, kan ook de koper het goed als vrij van huur beschouwen.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de huurovereenkomst in stand blijft *tot* het moment waarop daadwerkelijk tot ontruiming wordt overgegaan. Het enkele mededelen aan de huurder dat het huurbeding wordt ingeroepen heeft nog niet het einde van de huur tot gevolg.¹⁰²⁹ Als de hypotheekhouder niet vóór de executoriale verkoop tot ontruiming overgaat, kan de huurder na de executoriale verkoop en overdracht geconfronteerd worden met een nieuwe verhuurder, namelijk de koper bij executoriale verkoop. In mijn ogen kan de koper, zolang nog geen ontruiming heeft plaatsgevonden, de huurpenningen innen.¹⁰³⁰ Er rust hier op de notaris een taak om de huurder en potentiële bidders bij executoriale verkoop hierover te informeren.

¹⁰²⁶ De huurder heeft daarnaast de mogelijkheid van art. 3:264 lid 7 BW, een weg die hem waarschijnlijk meer zal opleveren. Zie hierna onder 6.6.2.6.

¹⁰²⁷ Hijma 1988, p. 245.

¹⁰²⁸ Roes 1970, p. 113.

¹⁰²⁹ Vgl. Stein 2001, p. 849.

¹⁰³⁰ Deze mogelijkheid geldt overigens niet indien de huurpenningen bij voorbaat zijn verpand of beslagen door een derde. Zie hierover Steneker 2010, p. 873-879.

6.6.2.2 Inroepen van het huurbeding bij woonruimte

Onder 6.6.1 kwam naar voren dat het amendement van Salomons en Van der Burg de positie van de huurder van *woonruimte* aanzienlijk heeft versterkt. In dit onderdeel wordt geanalyseerd hoe het inroepen van het huurbeding bij woonruimte verloopt.¹⁰³¹ Bij deze bespreking is in eerste instantie het uitgangspunt dat uit het onderzoek vóór de executoriale verkoop dan wel een mededeling van de eigenaar gebleken is dat de woning in strijd met het huurbeding is verhuurd.

1. Verlof vóór de executoriale verkoop

Anders dan bij het inroepen van het huurbeding bij niet-woonruimte kan het inroepen van het huurbeding bij woonruimte op grond van art. 3:264 lid 5 BW niet eerder geschieden dan na verkregen verlof van de voorzieningenrechter. Dit verlof moet worden gevraagd door de hypotheekhouder. Om een aantal redenen dient dit verlof vóór de executoriale verkoop te worden gevraagd.¹⁰³² Ten eerste volgt dit uit de tekst van art. 3:264 BW zelf. Uit het zesde lid blijkt dat bij zijn beoordeling over het verlenen van verlof de voorzieningenrechter weegt of ‘ook met instandhouding van de huurovereenkomst *kennelijk een voldoende opbrengst* zal worden verkregen’. Er wordt aldus vanuit gegaan dat op het moment van het verlenen van het verlof de uiteindelijke opbrengst van de executoriale verkoop nog niet vaststaat.

Ten tweede, de tekst van het zesde lid is een aanpassing die in het amendement van Salomons en Van der Burg is gemaakt op de oorspronkelijk voorgestelde tekst, waarin ook voor de *koper* de mogelijkheid was opgenomen om verlof te vragen aan de voorzieningenrechter.¹⁰³³ In het latere amendement is deze mogelijkheid echter geschrapt, zonder dat overigens een toelichting op dit punt worden gegeven. Uit deze ontwikkeling kan ook worden afgeleid dat het verlof alleen door de hypotheekhouder kan worden gevraagd en alleen vóór de executoriale verkoop. Doet de hypotheekhouder niets of wordt het verlof niet verleend, dan is de koper gebonden aan de huur.

Het overlaten van het inroepen van het huurbeding aan de koper geschiedt op grond van art. 3:264 lid 1 BW in de ‘verkoopvoorwaarden’, in de veilingvoorwaarden derhalve.

¹⁰³¹ Onder woonruimte wordt hier, zo blijkt uit art. 3:264 lid 5 BW, verstaan woonruimte zoals gedefinieerd in onderafdeling 7.4.5.1 BW (art. 7:232 e.v. BW). Zie echter V zr. Rb. Almelo 8 mei 2009, *LJN* BJ8814, waar de voorzieningenrechter verlof verleent voor het inroepen van het huurbeding bij *bedrijfsruimte*. Zie voor een bijzonder geval van verhuur van woonruimte (de ‘distributiewoning’) nog V zr. Rb. Amsterdam 21 maart 2012, *LJN* BV9584.

¹⁰³² Zie ook V zr. Rb. Rotterdam 31 augustus 2006, *WR* 2008, 28; Rb. Haarlem 25 mei 2012, *LJN* BX0175.

¹⁰³³ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1354 (Ontwerp Invoeringswet). Hierover destijds reeds kritisch Heuff 1991, p. 119; Stein 1985, p. 267.

Deze veilingvoorwaarden moeten op grond van art. 517 tenminste acht dagen vóór de verkoop worden meegedeeld en toegezonden. Dit betekent dat de beschikking van de voorzieningenrechter in beginsel vóór dat tijdstip zal moeten zijn ontvangen. De notaris die voorziet dat de beschikking niet vóór dat tijdstip zal zijn ontvangen, zal hiermee in de veilingvoorwaarden rekening moeten houden. Daarbij zal hij een clause met de strekking ‘als een toewijzende beschikking wordt ontvangen vóór [de veilingdatum], wordt de bevoegdheid tot het invoeren van het huurbeding overgelaten aan de koper’ moeten opnemen. Naar mijn mening is het mogelijk de (potentiële) gegadigden vervolgens te informeren over de uitkomst van de verzoekschriftprocedure via internet en vóór het biedproces op de openbare veiling. Op deze manier spant de notaris zich voldoende in (potentiële) bidders voldoende duidelijkheid te bieden over de mogelijkheid het huurbeding in te roepen. Onder omstandigheden is het verzetten van de executoriale verkoop echter aangewezen, zie onderdeel 5.4.2.2, onder 3.¹⁰³⁴

Uit het bovenstaande volgt echter ook de onwenselijke consequentie dat de koper gebonden is aan de huur als de hypotheekhouder geen verlof vraagt. Dit is is mede onwenselijk in het licht van het uitgangspunt dat Meijers voor ogen had bij zijn ontwerp van het huurbedingartikel. Gezien het gevaar van bedrog door de eigenaar en de huurder had Meijers immers een recht voor de koper opgenomen om het huurbeding na de verkoop in te roepen. De problematiek die Meijers wilde bestrijden, zal als gevolg van de invoering van art. 3:264 lid 5 en 6 BW alleen kunnen worden bestreden als het huurbeding steeds wordt ingeroepen indien *mogelijk* sprake is van huur.

Dit is mede een gevolg van het gegeven dat ook ten aanzien van de huurder die zich niet in de gemeentelijke basisadministratie heeft ingeschreven – en die derhalve niet kenbaar wordt bij onderzoek in de gemeentelijke basisadministratie – verlof moet worden gevraagd. Hoewel de Nederlandse inwoners verplicht zijn zich op hun woonadres in te schrijven in de gemeentelijke basisadministratie (art. 65 e.v. Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens), zal de hypotheekhouder om te voorkomen dat zich na de executoriale verkoop een tot dat moment onbekend gebleven huurder meldt, het huurbeding in beginsel moeten invoeren indien onduidelijk is óf zich huurders in de woning bevinden en uit het onderzoek in de gemeentelijke basisadministratie niet naar voren komt dat er andere bewoners zijn dan de hypotheekgever (en diens gezin). Dit blijkt ook uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad.¹⁰³⁵ In deze zaak vordert de hypotheekhouder in kort geding ontruiming van de woning door de bewoners. Het is voor de hypotheekhouder echter niet duidelijk onder welke titel de bewoners de woning gebruiken. De voorzieningenrechter wijst de vordering van de hypotheekhouder af, daarbij overwegende:

¹⁰³⁴ Zie echter V.zr. Rb. Utrecht 16 januari 2012, *LJN* BV3852.

¹⁰³⁵ V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 6 september 2007, *LJN* BC6190. Zie echter V.zr. Rb. Haarlem 12 mei 2009, *LJN* BI7758: tegen gebruikers zonder recht of titel kan het huurbeding niet worden ingeroepen.

‘Nu er *mogelijk* sprake is van huur, hadden eiseressen [de hypotheekhouders, IV] naar het oordeel van de voorzieningenrechter overeenkomstig het bepaalde in art. 3:264 lid 5 BW bij de voorzieningenrechter verlot dienen te vragen voor het inroepen van het huurbeding tegen gedaagden. Nu eiseressen deze weg niet hebben bewandeld en geen verlot hebben verzocht, komt de vordering de voorzieningenrechter onrechtmatig dan wel ongegrond voor.’¹⁰³⁶

De wettelijke regeling is op dit punt te ver doorgeslagen in de richting van de huurder. Iedere huurder wordt immers in beginsel beschermd, ook als hij zich niet zichtbaar maakt door inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie. Als de hypotheekhouder die vrij van huur wil verkopen steeds een gerechtelijke procedure moet starten, wordt een belangrijk, in onderdeel 4.3.3.2 besproken uitgangspunt bij de wettelijke regeling van de executoriale verkoop geweld aan gedaan, namelijk dat van het zo veel mogelijk voorkomen van kosten *in ruime zin* op macroniveau en het voorkomen van onnodige ‘rechtelijke procedures in de procedure’. Dit alles ondermijnt het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te zeer. Ook Van Velten heeft kritiek op deze regeling:

‘Voor de hypotheekhouder betekent deze bepaling een nieuw obstakel op zijn weg naar de executie, dat bovendien met bepaalde kosten gepaard gaat. Hij moet zijn verzoekschrift via een procureur of notaris indienen (ingevolge het in het amendement tevens voorgestelde nieuwe art. 549 Rv) en het ligt voor de hand, dat hij al deze ongemakken in een verzwarende kredietcondities gaat verdisconteren [...]. Thans moet echter binnenkort ook de hypotheekhouder zelf de rechter inschakelen om het huurbeding te kunnen inroepen, waarbij hem bovendien nog het gevaar bedreigt dat, indien het onderpand een woning betreft, hetzij ontruiming met een jaar wordt vertraagd, hetzij deze zelfs geheel wordt afgewezen.’¹⁰³⁷

Om deze redenen wordt in onderdeel 6.6.4 een wenselijke aanpassing van het huurbedingartikel besproken. Mocht deze aanpassing geen doorgang vinden dan verdient het in elk geval aanbeveling de wettelijke regeling op dit punt aan te passen. Alleen de huurder die zichzelf kenbaar maakt door inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie verdient dan de bescherming van het huurbedingartikel, in die zin dat alleen voor deze huurder de procedure van art. 3:264 lid 5 en 6 BW moet worden doorlopen. Voor de huurder die zich niet op het adres in de gemeentelijke basisadministratie heeft ingeschreven geldt dat hij

¹⁰³⁶ Cursivering toegevoegd door mij. Zie echter: Vزر. Rb. Groningen 16 december 2008, zaaknr. 106293 (niet gepubl.): verzoek tot verlot jegens mogelijke huurders wordt afgewezen: ‘Immers, het bestaan van een huurovereenkomst of een daarmee gelijk te stellen gebruiksovereenkomst is in dit verband niet aannemelijk geworden. Voor zover het gaat om personen die zonder recht of titel in de woning verblijven, dient verzoekster, om ontruiming van het pand te bewerkstelligen, een afzonderlijke ontruimingsprocedure te entameren.’

¹⁰³⁷ Van Velten 1989, p. 771. Zie ook Tratnik & Mertens 1988, p. 50.

‘gewoon’ met het eerste lid van art. 3:264 BW tot ontruiming kan worden gedwongen.

Naast het verzoek om verlot, zal in mijn ogen ook het verlot moeten zijn *verleend* voordat de executoriale verkoop zelf plaatsvindt, althans dient het oordeel van de voorzieningenrechter vóór de verkoop duidelijk te zijn. Zoals in onderdeel 4.4.2 is uitgewerkt, is het voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst van belang de potentiële bidders vóór het uitbrengen van het bod de informatie te verstrekken die nodig is voor het uitbrengen van een reëel bod. Dit uitgangspunt dient hier voorop te staan. Omdat er pas voldoende duidelijkheid is als zeker is of de koper een beroep kan doen op het huurbeding en het goed vrij van huur zal kunnen verkrijgen, dient de procedure van het verzoek tot het verlot in beginsel ook voor de verkoop te zijn geëindigd. De notaris zal derhalve bij het vaststellen van de dag, het uur en de plaats van de verkoop (art. 515 lid 1 Rv) rekening moeten houden met een (eventuele) huurbedingprocedure en de datum voor de verkoop afstemmen met de griffie van de rechtbank.¹⁰³⁸ Daarbij moet ook de termijn voor het doen van onderhandse biedingen, twee weken vóór de dag van de openbare veiling op grond van art. 547 lid 2 Rv, voor ogen worden gehouden; ook voor de bidders in de onderhandse fase is immers van belang of zij rekening moeten houden met verhuur.

2. Beoordeling van de te verwachten opbrengst

Het gevolg van de conclusie dat de hypotheekhouder het verlot moet vragen vóór de verkoop, is dat de voorzieningenrechter zijn oordeel moet baseren op de *verwachte* opbrengst. Dat zal in de praktijk geschieden op basis van een taxatierapport waarin de waarde in verhuurde en in onverhuurde staat is opgenomen. In de literatuur wordt betwijfeld of dit een goed instrument is.¹⁰³⁹ Hoe kan immers tevoren op afdoende wijze de opbrengst in verhuurde en onverhuurde staat worden bepaald, terwijl op dat moment veelal niet vaststaat of er wellicht specifieke belangstelling is voor het object in verhuurde staat?

¹⁰³⁸ Vgl. Heuff 1991, p. 122. Op grond van het Procesreglement verzoekschriftprocedures wordt in zaken waarin mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden in beginsel uitspraak gedaan na zes weken, te rekenen vanaf de eerstvolgende vaste uitspraakdag na de zitting. Heeft geen mondelinge behandeling plaatsgevonden dan is de termijn zes weken vanaf de eerste vaste uitspraakdag nadat de rechter heeft geconstateerd dat de zaak gereed is voor uitspraak (Procesreglement verzoekschriftprocedures 2010, p. 14). Met deze termijnen zal de notaris in ieder geval rekening moeten houden.

¹⁰³⁹ Van Ingen 1995, p. 594; Hielkema 1993, p. 13-14; Heuff 1991, p. 123; Stein 1985, p. 267.

Het lijkt echter het enige instrument om op voldoende onafhankelijke wijze vast te stellen wat de opbrengst vermoedelijk zal zijn.¹⁰⁴⁰ Uit enkele uitspraken blijkt ook dat de voorzieningenrechter hierop hun beslissing omtrent het verlenen van het verlot kunnen gronden.¹⁰⁴¹ Hielkema heeft gepleit voor de aanstelling van een of meer onafhankelijke taxateurs door de voorzieningenrechter,¹⁰⁴² maar ik vraag mij af of dit gezien de kosten die hieraan verbonden zijn een goede oplossing is. Het zal bovendien om uitzonderingsgevallen gaan als de waarde van een woning in verhuurde staat hoger is. Veelal is bij woonruimte de waarde van de woning in verhuurde onvoldoende zijn om de hypotheekhouders die het huurbeding met succes tegen de huurder kunnen invoeren te voldoen.

Deze conclusie brengt echter ook mee dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de verplichting om bij *iedere* executoriale verkoop waarin (mogelijk) sprake is van huur kosten te maken om verlot te vragen, terwijl de situaties waarin op basis van de wettelijke grond het verlot niet worden verleend gering zijn. Onder 6.6.4 wordt om deze reden bezien of de wettelijke regeling op dit punt moet worden gewijzigd.

Opvallend is nog dat de wetgever hier slechts de belangen van de *hypotheekhouders met een huurbeding* wenst te beschermen. Ingevolge art. 3:264 lid 6 BW beoordeelt de voorzieningenrechter of de opbrengst in verhuurde staat voldoende is om de hypotheekhouders te voldoen die een succesvol beroep op het huurbeding kunnen doen.¹⁰⁴³ Voor de beoordeling zijn derhalve slechts de vorderingen van de hypotheekhouders die een succesvol beroep op het huurbeding kunnen doen van belang. De belangen van de beslagleggers spelen bij de beoordeling bijvoorbeeld geen rol, zo oordeelde ook de Rechtbank Amsterdam in 1995:

‘De vraag die thans moet worden beantwoord is of ook met de belangen van derden die bij een hogere opbrengst van de zaak belang hebben, zoals beslagleggers, rekening moet worden gehouden, zoals ABN AMRO Bank stelt.

Voorshands wordt deze vraag ontkennend beantwoord. Uit de geschiedenis van de moeizame wijze van totstandkoming van de regeling van het huurbeding in art. 3:264 BW blijkt dat de wetgever zich zag geplaatst voor een “lastige afweging van de belangen van de hypotheekhouders en kredietbehoevende eigenaren enerzijds en de huurders

¹⁰⁴⁰ In het Procesreglement verzoekschriftprocedures 2010, p. 22 staat dat een recent taxatierapport (niet ouder dan zes maanden en in beginsel geen geveltaxatie) moet worden overlegd bij het indienen van het verzoek.

¹⁰⁴¹ V.zr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818 (niet gepubl.) (waarde verhuurd: €300.000,-; waarde onverhuurd: €620.000,-); V.zr. Rb. Dordrecht 20 februari 2009, zaaknr. 79335 (niet gepubl.); V.zr. Rb. Amsterdam 30 oktober 2008, zaaknr. 407935 (niet gepubl.) (waarde verhuurd: €155.000,-; waarde onverhuurd: €260.000,-).

¹⁰⁴² Hielkema 1993, p. 14.

¹⁰⁴³ Vgl. Pres. Rb. Arnhem 19 maart 1993, KG 1993, 143 (Thermosite Spanbeton-Vloeren BV/Polak) over opvolgende hypotheekakten.

anderzijds”. Die afweging heeft er uiteindelijk in geresulteerd dat de vernietiging van de verboden huurovereenkomst blijkens lid 2 van dat art. niet verder strekt dan voorzover dit met het recht van de hypotheekhouder die het huurbeding heeft gemaakt, in overeenstemming is.¹⁰⁴⁴

Hier komt de huurder, in wezen een persoonlijk gerechtigde, derhalve een voorrangspositie toe, althans wat betreft de beoordeling van de voorzieningenrechter bij het al dan niet verlenen van het verlof tot het inroepen van het huurbeding. Deze voorrangspositie lijkt het gevolg van de beschermde positie van de huurder in het recht.

3. Ontruiming vóór executoriale verkoop?

Als de voorzieningenrechter het verlof verleent, stelt hij ook een termijn vast waarbinnen de ontruiming moet plaatsvinden, zo blijkt uit art. 3:264 lid 6 BW. Deze termijn is ten hoogste één jaar. De uitspraak van de voorzieningenrechter waarin een veroordeling tot ontruiming is uitgesproken vormt de executoriale titel op grond waarvan de huurder kan worden gedwongen tot ontruiming ex art. 555 e.v. Rv. In dit geval behoeft de hypotheekhouder of koper derhalve geen afzonderlijk kort geding te starten om de huurder tot ontruiming te kunnen dwingen.

Huijgen stelt ten aanzien van de ontruimingstermijn die door de voorzieningenrechter wordt opgelegd:

‘De termijn die de voorzieningenrechter aan de huurder voor ontruiming kan geven zal er veelal toe leiden dat de hypotheekhouder die een behoorlijke opbrengst bij de verkoop wenst, eerst nadien tot verkoop zal kunnen overgaan.’¹⁰⁴⁵

Hiermee zal Huijgen waarschijnlijk doelen op de mogelijkheid het goed feitelijk leeg en ontruimd aan de koper te kunnen verkopen en leveren. Een geïnteresseerde – zeker een particuliere – bidder zal bij het uitbrengen van zijn bod toch rekening houden met een gedwongen ontruimingsprocedure (en de kosten daarvan), indien de huurder het goed nog niet verlaten heeft. Een ontruimingsstermijn die afloopt vóór de datum van executoriale verkoop verdient dan ook de voorkeur. De huidige wettelijke regeling biedt echter de mogelijkheid een ontruimingstermijn op te leggen van ten hoogste een jaar. Indien daadwerkelijk door de voorzieningenrechter een jaar de tijd gegeven wordt om de ontruiming te bewerkstelligen, zal de procedure van executoriale verkoop lange tijd worden opgehouden – met alle kosten van dien. In die gevallen moet de hypotheekhouder beslissen of hij de executoriale verkoopprocedure wil ophouden door de ontruimingstermijn af te wachten, of dat hij de achterstand en kosten niet verder

¹⁰⁴⁴ Pres. Rb. Amsterdam 20 oktober 1995, *WR* 1996, 25.

¹⁰⁴⁵ Huijgen 2007, p. 41.

wil laten oplopen en tot executoriale verkoop overgaat. Indien hij kiest voor het laatste, heeft de geïnteresseerde in ieder geval wél zekerheid over de huur en de termijn waarop de huurder moet ontruimen. Ik kan mij voorstellen dat de hypotheekhouder veelal de termijn afwacht voordat de executoriale verkoop plaatsvindt. De aanwezigheid van een huurder, ook al dient deze op termijn tot ontruiming over te gaan, zal de biedingen naar verwachting toch negatief beïnvloeden.

Om deze reden verdient het aanbeveling in het verzoekschrift tot verlot voor het intropen van het huurbeding de geplande datum van executoriale verkoop op te nemen, met daarbij het verzoek om, in verband met het hoofddoel van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, de ontruimingstermijn te laten eindigen vóór deze datum. De huidige praktijk lijkt hier reeds in belangrijke mate rekening mee te houden. In tabel 6.1 staat een overzicht van uitspraken ten aanzien van het huurbeding en de daarin gegeven ontruimingstermijn aan de (mogelijke) huurders. Hieruit blijkt dat de maximaal opgelegde ontruimingstermijn niet een jaar, maar ‘slechts’ twee maanden is (zie ook hierna onder 5). Zo bezien kan het standpunt van Huijgen veelal worden gevolgd en kan worden gewacht met de executoriale verkoop tot de afloop van de ontruimingstermijn.

4. De verzoekschriftprocedure tot verlot voor het intropen van het huurbeding

Het verzoekschrift tot verlot voor het intropen van het huurbeding kan, zo blijkt uit art. 549 lid 1 Rv, zowel door een advocaat als door de notaris worden ingediend. Uit de vereisten voor het verzoekschrift, vermeld in art. 549 Rv, blijkt dat de executoriale verkoop reeds moet zijn aangezegd, voordat het verzoek kan worden ingediend.¹⁰⁴⁶ Bij het verzoekschrift moet namelijk ingevolge het eerste lid het exploit van aanzegging (art. 544 Rv) worden overlegd. Het vereiste van art. 3:264 lid 2 BW geldt dan ook niet alleen voor het intropen van het huurbeding, maar in geval van woonruimte ook voor het daaraan voorafgaande verzoek tot verlot. Voorts blijkt uit art. 549 lid 1 Rv dat de aanzegging, behalve aan de in art. 544 lid 2 Rv genoemde belanghebbenden, ook aan de huurder moet geschieden.

Bij zijn oordeel omtrent het verlenen van verlot zal de voorzieningenrechter op grond van art. 3:264 lid 6 BW enkel toetsen aan het al eerder vermelde criterium van een ‘kennelijk voldoende opbrengst’: kunnen met instandhouding van de huurovereenkomst naar verwachting alle hypotheekhouders die een beroep kunnen doen op het huurbeding tegenover deze huurder worden voldaan, dan zal

¹⁰⁴⁶ Zie hierover ook onderdeel 6.6.2.3.

de voorzieningenrechter het verzoek afwijzen.¹⁰⁴⁷ In dat geval heeft de hypotheekhouder immers geen belang bij het invoeren van de nietigheid van de huur ten opzichte van hem. Dit doet de vraag opkomen of de voorzieningenrechter ook acht zou mogen slaan op andere aspecten dan het ‘kennelijk voldoende opbrengst’-criterium. Dit geldt temeer, nu op grond van art. 549 lid 2 Rv de huurder moet worden gehoord tijdens de procedure en de huurder met eigen verweren tegen het invoeren van het huurbeding kan komen. Mag de voorzieningenrechter hier dan bij de beoordeling rekening houden?

In mijn ogen kan de voorzieningenrechter slechts met andere aspecten rekening houden voor zover deze aspecten verband met houden met ofwel de opbrengst, ofwel de ontruimingstermijn. Zo is in lagere rechtspraak geoordeeld dat indien de huurder (of een derde) wil instaan voor het verschil in opbrengst in verhuurde en onverhuurde staat of indien de huurder de vordering van de hypotheekhouder integraal wil voldoen, de hypotheekhouder geen belang heeft bij het invoeren van het huurbeding.¹⁰⁴⁸ Het verzoek tot verlop werd dan ook afgewezen. De president van de Rechtbank Assen oordeelde nog dat de huurder het verschil tussen de maximaal getaxeerde opbrengst en de uiteindelijk behaalde opbrengst moet voldoen.

Ten aanzien van het verweer van de huurder dat hij de vordering van de hypotheekhouder wil voldoen, merk ik nog op dat dit verweer niet opgaat in geval van meer hypotheeken op het goed die alle tegen de huurder kunnen worden ingeroepen, tenzij de huurder aanbiedt ook hun vorderingen te voldoen, hetgeen mij onwaarschijnlijk voorkomt.

In deze procedure kan de huurder echter ook andere verweren naar voren brengen. Hierbij denk ik met name aan misbruik van bevoegdheid, waarbij de huurder stelt als gevolg van de gedwongen ontruiming in een noodsituatie te zullen belanden. Deze verweren kunnen naar mijn mening slechts dan kans van slagen hebben als zij betrekking hebben op de lengte van de ontruimingstermijn betreft, bijvoorbeeld indien de huurder aangeeft dat hij nieuwe woonruimte voor hem en zijn gezin zal moeten vinden. De huurder kan zich echter niet succesvol verweren tegen de ontruiming *an sich*. Dit is het gevolg van de regeling van art. 3:264 BW die de huurder slechts onder bijzondere en in de wet gelimiteerde omstandigheden dat de huurder een succesvol verweer geeft tegen het invoeren van het huurbeding door de hypotheekhouder.

¹⁰⁴⁷ Zie ook: Vzr. Rb. Arnhem 14 maart 2011, *LJN* BP8050: een beroep van de huurder op het ontbreken van het voor executoriale verkoop vereiste tekortschieten van de eigenaar jegens de hypotheekhouder is door de voorzieningenrechter niet meegenomen in het oordeel omtrent het verlenen van verlop tot het invoeren van het huurbeding.

¹⁰⁴⁸ Pres. Rb. Assen 24 september 1985, *KG* 1985, 314; Pres. Rb. Amsterdam 26 april 1990, *KG* 1991, 67. Zie hierover ook Steneker 2010, p. 873.

5. Ontruimingstermijnen

Voor dit onderdeel is het nog interessant te wijzen op de verschillen in ontruimingstermijnen die voorzieningenrechters hanteren bij het verlenen van het verlot tot het inroepen van het huurbeding. In tabel 6.1 staat een overzicht gegeven van een aantal in de jaren 2008-2010 gewezen beschikkingen met betrekking tot het verzoek tot verlot voor het inroepen van het huurbeding.

Uit het overzicht komt naar voren dat de ontruimingstermijn die door voorzieningenrechters wordt gegeven varieert van twee dagen tot twee maanden. Zo gezien is de in het wetsvoorstel opgenomen termijn van drie maanden voor de ontruiming, in plaats van de huidige termijn van een jaar, een wijziging die past bij de korte ontruimingstermijnen die door voorzieningenrechters worden gegeven.¹⁰⁴⁹ Dit laat echter onverlet dat er grote verschillen zijn in de door voorzieningenrechters gegeven ontruimingstermijnen.

Daarnaast valt op dat de redenen die aan de gegeven termijn ten grondslag liggen uit de uitspraak niet steeds duidelijk worden. Een uitzondering vormt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht van 30 maart 2010. Daarin overweegt de rechter expliciet dat een langere ontruimings-termijn dan gebruikelijk wordt gegeven, in verband met het door de huurder naar voren gebrachte belang (de gezinssituatie en de benodigde tijd voor een verhuizing). In de overige uitspraken wordt de gegeven termijn niet of nauwelijks ('het komt redelijk voor', 'ziet aanleiding de termijn te stellen op één week', 'termijn niet weersproken') gemotiveerd.

Om de partijen op dit punt meer zekerheid te bieden is het gewenst een landelijke richtlijn, vergelijkbaar met de richtlijn bij onderhandse executoriale verkoop, voor de op te leggen ontruimingstermijn te geven. Het voordeel van regulering door middel van een richtlijn is dat de voorzieningenrechter hier in voorkomende gevallen gemotiveerd van kan afwijken. In deze richtlijn kan onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende huursituaties die zich in de praktijk voordoen. Zo zal in geval van mogelijke huur of onbekende huurders een korte termijn voor ontruiming kunnen worden gegeven dan bij huur van woonruimte door een gezin dat zich ook in de procedure heeft gemeld.

In ieder geval is gewenst dat de gegeven ontruimingstermijn nader wordt gemotiveerd, zodat duidelijk wordt waarom in het ene geval een termijn van drie dagen (vgl. art. 555 Rv) en in het andere een termijn van twee maanden wordt gegeven.

¹⁰⁴⁹ Art. 3:264 lid 6 nieuw-BW. Overigens wordt er in de memorie van toelichting van uitgegaan dat ontruiming plaatsvindt ná executoriale verkoop, derhalve anders dan hierboven onder 3 is betoogd, zie MvT, p. 14-15.

DE EXECUTORIALE VERKOOPPROCEDURE OP MACRONIVEAU

<i>Gegevens uitspraak</i> ¹⁰⁵⁰	<i>Ontruimingstermijn</i>	<i>Motivering/bijzonderheden</i> ¹⁰⁵¹
Vzr. Rb. Arnhem 26 augustus 2008, zaaknr. 172355*	7 dagen	-
Vzr. Rb. Amsterdam 30 oktober 2008, zaaknr. 407935*	30 dagen	‘Na te noemen ontruimingstermijn komt redelijk voor.’ Deurwaarder constateerde dat zich nog iemand in pand bevindt.
Vzr. Rb. Middelburg 10 november 2008, zaaknr. 64703*	3 dagen	Er is <i>mogelijk</i> sprake van huur.
Vzr. Rb. ’s-Hertogenbosch 28 november 2008, zaaknr. 183102*	3 dagen	-
Vzr. Rb. Groningen 16 december 2008, zaaknr. 106293*	3 dagen	Verzoek met betrekking tot mogelijke overige huurders/gebruikers afgewezen.
Vzr. Rb. Dordrecht 20 februari 2009, zaaknr. 79335*	1 week	‘De voorzieningenrechter ziet aanleiding bedoelde termijn vast te stellen op één week na betekening van deze beschikking.’
Vzr. Rb. Rotterdam 17 maart 2009, zaaknr. 325281*	2 dagen	‘Verweerder heeft gesteld dat de huurders het pand gelegen aan de [...] te [...] hebben verlaten, doch onder die omstandigheden heeft verweerder geen belang bij afwijzing van het verzoek.’
Vzr. Rb. ’s-Gravenhage 18 maart 2009, zaaknr. 331945 ¹⁰⁵²	1 maand	-
Vzr. Rb. Alkmaar 11 juni 2009, zaaknr. 110330 ¹⁰⁵³	10 dagen	-
Vzr. Rb. Maastricht 27 augustus 2009, zaaknr. 142722 ¹⁰⁵⁴	3 dagen	Verzoek termijn van drie dagen ‘ligt ten aanzien van de (onder)-huurders/gebruikers als niet weersproken en gebaseerd op de wet voor toewijzing gereed’.
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 10 november 2009, zaaknr. 162591*	7 dagen	-

¹⁰⁵⁰ Indien achter de kenmerken van de uitspraak een * is weergegeven, betekent dit dat de huurder(s) niet is (zijn) verschenen.

¹⁰⁵¹ Indien in de beschikking geen reden is vermeld, wordt deze hieronder ook niet weergegeven. In dat geval wordt – waar nodig – alleen gewezen op een of meer bijzonderheden in de uitspraak.

¹⁰⁵² De rechtbank heeft de huurders tevoren in de gelegenheid gesteld hun standpunt kenbaar te maken. Zij hebben daarvan geen gebruik gemaakt. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan.

¹⁰⁵³ Uit de uitspraak wordt niet bekend of de huurders zijn verschenen. Wel wordt duidelijk dat zij vóór afloop van de behandeling geen bezwaren hebben geuit tegen inwilliging van het verzoek.

¹⁰⁵⁴ Uit de uitspraak wordt niet bekend of de huurders zijn verschenen.

HOOFDSTUK 6

<i>Gegevens uitspraak</i> ¹⁰⁵⁵	<i>Ontruimingstermijn</i>	<i>Motivering/bijzonderheden</i> ¹⁰⁵⁶
Vzr. Rb. Rotterdam 13 november 2009, zaaknr. 340894*	2 maanden	-
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 9 december 2009, zaaknr. 164242*	1 week	-
Vzr. Rb. Rotterdam 27 januari 2010, zaaknr. 345374*	2 weken	-
Vzr. Rb. Maastricht 30 maart 2010, zaaknr. 148481 (1 van de 2 huurders verschenen)	Uiterlijk 10 juni 2010 (2 maanden)	'De voorzieningenrechter volgt verweerster in haar verzoek en zal een langere termijn dan gebruikelijk, mede rekening houdende met de belangen van verzoekster, voor de ontruiming bepalen.' Verzoek huurder gebaseerd op 'haar gezinssituatie en het zoeken naar vervangende woonruimte'.
Vzr. Rb. Rotterdam 2 april 2010, zaaknr. 350008*	2 maanden	-
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818 ¹⁰⁵⁷	3 dagen	-
Vzr. Rb. Breda 19 april 2010, zaaknr. 216660*	2 weken	Hypotheekhouder heeft ter zitting aangegeven akkoord te kunnen gaan met langere ontruimingstermijn.
Vzr. Rb. Amsterdam 19 oktober 2010, zaaknr. 470552	3 dagen	'De verzochte ontruimingstermijn komt redelijk voor.'

Tabel 6.1: overzicht ontruimingstermijnen

6. Schematisch overzicht van het inroepen van het huurbeding bij woonruimte

<i>Actie</i>	<i>Door wie?</i>	<i>Opmerkingen</i>
Onderzoek huur	Notaris	1. Indien <i>mogelijk</i> sprake is van huur: huurbeding ingeroepen, zie Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2009, zaaknr. 331945; Vzr. Rb. Middelburg 10 november 2008, zaaknr. 64703; Vzr. Rb. Zwolle 6 september 2007, <i>LJN</i> BC6190. Zie echter: Vzr. Rb. Groningen 16 december 2008, zaaknr. 106293.

¹⁰⁵⁵ Indien achter de kenmerken van de uitspraak een * is weergegeven, betekent dit dat de huurder(s) niet is (zijn) verschenen.

¹⁰⁵⁶ Indien in de beschikking geen reden is vermeld, wordt deze hieronder ook niet weergegeven. In dat geval wordt – waar nodig – alleen gewezen op een of meer bijzonderheden in de uitspraak.

¹⁰⁵⁷ De rechtbank heeft de hypotheekgevers tevoren in de gelegenheid gesteld hun standpunt kenbaar te maken. Zij hebben bij brief meegedeeld het niet eens te zijn met de inhoud van het verzoekschrift. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan.

DE EXECUTORIALE VERKOOPPROCEDURE OP MACRONIVEAU

<i>Actie</i>	<i>Door wie?</i>	<i>Opmerkingen</i>
Vervolg onderzoek huur	Notaris	<p>2. Inschrijving in gba geen vereiste en niet doorslaggevend, huur mogelijk niet kenbaar > afweging hypotheekhouder/notaris op basis van afweging kosten en verwachte opbrengst.</p> <p>3. Onderzoek omvat ook: is huur vóór of ná vestiging hypotheek tot stand gekomen? Bij huur vóór hypotheek is het inroepen van het huurbeding niet mogelijk, zie onderdeel 6.6.2.6.</p> <p>N.B.: Moment van inschrijving gba is belangrijk. Zie echter Vزر. Rb. Arnhem 14 maart 2011, <i>LJN</i> BP8050: '[e]n inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie doet vermoeden dat de ingeschreven persoon op dat adres woonachtig is, maar dat hoeft niet zo te zijn'. In procedure was huur vóór hypotheek niet aannemelijk gemaakt en ook in hypotheekakte was verklaard dat niet werd verhuurd.</p> <p>Zie ook Vزر. Rb. Haarlem 30 januari 2012, <i>LJN</i> BV3141: huur vóór hypotheek? Geen duidelijkheid, dus terughoudendheid gepast, aldus voorzieningenrechter.</p>
Verzoek verlof	Advocaat/notaris	<p>1. Eerst exploit betekenen aan huurder (art. 544 Rv). Inhoud exploit: art. 549 Rv.</p> <p>2. Overleg met rechtbank over behandeltermijn vanwege planning veilingdatum. Voor planning veilingdatum is ook ontruimingstermijn van belang. Duidelijke richtlijn bij rechtbank aanwezig?</p> <p>3. Geen verlof vereist: schriftelijke toestemming huurder/huur na aankondiging executoriale verkoop (zie art. 3:264 lid 5 BW). Zie Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 12 oktober 2009, <i>LJN</i> BK3466; Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 20 juli 2009, <i>LJN</i> BJ6136.</p>
Verlening verlof	Voorzieningenrechter	<p>1. Oproeping (onder)huurder voor verhoor.</p> <p>2. Beoordeling 'kennelijk voldoende opbrengst' alleen a.h.v vorderingen hypotheekhouders met een succesvol beroep op het huurbeding. Beoordeling a.h.v. recent taxatierapport, zie Procesreglement verzoekschrift-procedures, via www.rechtspraak.nl.</p> <p>3. Vaststellen ontruimingstermijn van maximaal een jaar (art. 3:264 lid 6 BW), rekening houdend met redelijkheid en billijkheid én gevolgen voor de opbrengst.</p>

<i>Actie</i>	<i>Door wie?</i>	<i>Opmerkingen</i>
Executoriale verkoop	Hypotheekhouder/ notaris	<p>1. Duidelijkheid vooraf: verlof moet zijn gevraagd én uitspraak voorzieningenrechter moet bekend zijn.</p> <p>2. Informatievoorziening aan geïnteresseerden door notaris.</p> <p>3. Eventueel overlaten inroepen huurbeding en ontruiming aan koper in veilingvoorwaarden, art. 3:264 lid 1 BW en 549 lid 3 Rv.</p>
Ontruiming	Huurder. Indien niet vrijwillig: hypotheekhouder of koper	<p>1. Indien huurder niet meewerkt: ontruiming op grond van art. 555 e.v. Rv. Executoriale titel vormt de beschikking van de voorzieningenrechter, waarin het verlof wordt verleend.</p> <p>2. Rechten uit beschikking gaan over op koper, art. 549 lid 3 Rv.¹⁰⁵⁸</p>

Tabel 6.2: overzicht inroepen huurbeding bij woonruimte

6.6.2.3 Inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder buiten de executoriale verkoopprocedure

In beginsel komt het inroepen van het huurbeding alleen aan de orde indien de executoriale verkoopprocedure door de hypotheekhouder is opgestart. Op dat moment ontstaat het belang om het beding in te roepen, omdat verkoop vrij van huur veelal zal leiden tot een hogere opbrengst. In dit onderdeel zal echter een drietal situaties worden besproken, waarin het inroepen van het huurbeding *buiten de (hypothecaire) executoriale verkoopprocedure* eveneens van belang is voor de hypotheekhouder. Voor elk van deze situaties wordt beschouwd of en in hoeverre het inroepen van het huurbeding mogelijk is.

1. Inroepen van het huurbeding bij executoriale verkoop door de beslaglegger

In onderdeel 6.6.2.2, onder 2 is reeds aandacht besteed aan art. 3:264 lid 2 BW, dat voor de inroeping van het huurbeding aanzegging van de executoriale verkoop ex art. 544 Rv eist. Deze voorwaarde betekent dat het huurbeding in beginsel alleen kan worden ingeroepen na de aanzegging van de executoriale verkoop door de *hypotheekhouder*. Ik vraag mij af of deze bepaling het inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder in geval van executoriale verkoop door een beslaglegger uitsluit.

Het inroepen van het huurbeding bij executie door de beslaglegger komt aan de orde in de volgende situatie. De beslaglegger gaat over tot executoriale verkoop.

¹⁰⁵⁸ De rechten gaan alleen over op de daadwerkelijke koper bij executoriale verkoop aan wie ook geleverd wordt, zo kan analoog aan Hoge Raad 3 februari 1989, *NJ* 1990, 249 m.nt. W.M. Kleijn (Pirouette/Broekmeulen) worden geredeneerd. Zie onderdeel 6.6.2.1.

De executoriale verkoop wordt ingevolge art. 508 Rv betekend aan de hypotheekhouder. De hypotheekhouder besluit echter de executoriale verkoop niet over te nemen of is hiermee te laat (art. 509 Rv geeft een termijn van veertien dagen voor de overname van de executoriale verkoop). Uit het onderzoek voorafgaande aan de executoriale verkoop komt naar voren dat het goed *na* de vestiging van het hypotheekrecht, maar *voor* de inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming is verhuurd. De beslaglegger kan in dit geval derhalve geen beroep doen op de niet-inroepbaarheid van het huurrecht, maar de hypotheekhouder hoeft de huur vanwege het huurbeding in de hypotheekakte op grond van art. 3:264 BW niet te respecteren.

Mijns inziens kan de hypotheekhouder in dit geval met een beroep op art. 517 lid 2 Rv verlangen dat vrij van huur wordt verkocht.¹⁰⁵⁹ Omdat het huurrecht op grond van art. 3:264 BW niet tegen het hypotheekrecht inroepbaar is, kan de hypotheekhouder in dit geval met behulp van art. 517 lid 2 Rv jo. 3:264 BW verlangen dat de executoriale verkoop vrij van huur geschiedt. De procedure die voor het inroepen van het huurbeding gevolgd moet worden, dient ook hier door de hypotheekhouder te worden doorlopen. In geval van woonruimte, moet dus voor de executoriale verkoop verlof worden gevraagd én het oordeel van de voorzieningenrechter moet voor de executoriale verkoop bekend zijn (zie onderdeel 6.6.2.2, onder 1). Omdat hier geen aanzegging wordt gedaan ex art. 544 Rv,¹⁰⁶⁰ zal hier een aparte aanzegging aan de huurder gedaan moeten worden. Deze aanzegging zal moeten voldoen aan de vereisten van art. 549 Rv.

Uit het recht om het huurbeding in te roepen vloeit het recht voort de huurder tot ontruiming te dwingen. Normaliter zal de hypotheekhouder door middel van de veilingvoorwaarden de bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding overlaten aan de koper. Ook de rechten uit de beschikking kan hij dan overdragen aan de koper (art. 549 lid 3 Rv). In dit geval is het echter de beslaglegger die overgaat tot executoriale verkoop en overdracht aan de koper. Dat doet de vraag opkomen of ook in dit geval het uitvoeren van de rechten uit het huurbeding kan worden overgelaten aan de koper. Dit zou neerkomen op het volgende: de hypotheekhouder draagt zijn bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding over aan de beslaglegger/executant, die vervolgens in de veilingvoorwaarden de bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding overdraagt aan de veilingkoper.

¹⁰⁵⁹ Aldus ook Albers-Dingemans 2011, p. 342; Jongbloed & Van den Heuvel, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2012, aant. 4 bij art. 517 Rv. Deze schrijvers werken de uitvoering van het inroepen van het huurbeding echter niet uit.

¹⁰⁶⁰ Zie over de strekking van de verwijzing naar art. 544 Rv ook onderdeel 5.4.2.1, onder 2A.

Ik vraag mij af of, gezien de wettelijke regeling, deze overdracht van bevoegdheden mogelijk is. In art. 3:264 BW en 549 lid 3 Rv wordt de bevoegdheid tot het inroepen van het huurbeding alleen aan de hypotheekhouder en koper toegekend. In het arrest *Pirouette/Broekmeulen* is voorts uitgemaakt dat de koper zelf tot ontruiming moet overgaan, omdat de opvolgende koper geen bevoegdheid heeft tot het inroepen van het huurbeding.¹⁰⁶¹ Dit maakt het twijfelachtig of het mogelijk is dat de beslaglegger een van de hypotheekhouder afgeleide bevoegdheid aan de koper overdraagt. Om deze reden meen ik dat het inroepen én uitvoeren van de bevoegdheden uit het huurbeding door de hypotheekhouder vóór executoriale verkoop moeten plaatsvinden, wil bij de executoriale verkoop een goed vrij van huur verkocht kunnen worden.¹⁰⁶²

2. Inroepen van het huurbeding bij reguliere verkoop

Kan de hypotheekhouder het huurbeding ook bij onderhandse, niet-executoriale verkoop inroepen? De president van de Rechtbank Breda oordeelde in 1990 van wel.¹⁰⁶³ Echter, gezien de parlementaire geschiedenis, waarin het belang van de huurder steeds sterker op de voorgrond trad, moet de bepaling van art. 3:264 BW *beperkt* worden uitgelegd. Het toekennen van de bevoegdheden uit het huurbeding *buiten* de executoriale verkoopprocedure gaat te ver.¹⁰⁶⁴

Dat geldt temeer nu art. 3:264 BW door de wetgever wordt gezien als een uitzondering op art. 7:227 BW. In dat artikel is bepaald dat een huurovereenkomst bij een verkoop (overdracht) in stand blijft. Bij executoriale verkoop heeft de hypotheekhouder op grond van de wet een bevoegdheid om niet tegen zijn recht inroepbare huurovereenkomsten te vernietigen (art. 3:264 BW en 517 lid 2 Rv), bij reguliere verkoop mist hij zodanige bevoegdheden. De bepaling van art. 3:264 lid 2 BW kan derhalve niet zover worden opgerekt dat ook buiten executoriale verkoop een beroep kan worden gedaan op het huurbeding – ook niet als, zoals in de casus bij de uitspraak van de Rechtbank Breda, tot reguliere verkoop wordt overgegaan ter vermijding van executoriale verkoop. Dit hangt mede samen met de strikte procedurevoorschriften van de executoriale verkoop (vgl. art. 3:268 lid 4 BW), die een waarborg bieden voor de betrokkenen – waaronder de huurder. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de waarborgen bij de verdeling van de opbrengst, waar de huurder zijn vordering tot schadevergoeding ex art. 3:264 lid 7 BW kan indienen. Bij een reguliere verkoop en overdracht ontbreken dergelijke waarborgen.

¹⁰⁶¹ Hoge Raad 3 februari 1989, *NJ* 1990, 249 m.nt. W.M. Kleijn (*Pirouette/Broekmeulen*). Zie onderdeel 6.6.2.1.

¹⁰⁶² Vgl. V.zr. Rb. Arnhem 5 juli 2012, *LJN* BX0652: de beslaglegger kan het huurbeding niet zelf inroepen, ook niet als hypotheekhouder daarvoor toestemming geeft.

¹⁰⁶³ Pres. Rb. Breda 12 september 1990, *KG* 1990, 338 (NMB/Vissers).

¹⁰⁶⁴ Zie voor de strekking van de verwijzing naar art. 544 Rv in art. 3:264 lid 2 BW ook onderdeel 5.4.2.1, onder 2A.

Waar de hypotheekhouder terzake van de reguliere verkoop een beroep op het huurbeding mist, zou hij *wel* buiten de executoriale verkoopprocedure een beroep kunnen doen op verhuur in strijd met het huurbeding in de hypotheekakte en op die grond het huurbeding kunnen inroepen. Daarop volgt echter wel een executoriale verkoop vanwege verzuim, zo zal hierna blijken.

3. Inroepen van het huurbeding gedurende de looptijd van de hypothecaire lening

In beginsel kan het huurbeding, als gezegd, op grond van art. 3:264 lid 2 BW slechts worden ingeroepen ná aanzegging van de executoriale verkoop. Dit stemt ook overeen met de ratio van het huurbedingartikel, zoals besproken in onderdeel 6.6.1. Gedurende de looptijd van de hypothecaire lening ondervindt de hypotheekhouder over het algemeen weinig nadeel van de verhuur. Sterker nog, in bepaalde gevallen kan de verhuur zelfs gunstig uitpakken doordat de verplichtingen waarvoor de hypotheek tot waarborg dient kunnen worden nagekomen.

Er zijn echter situaties denkbaar waarin de verhuur gedurende de looptijd van de lening nadelig is voor de hypotheekhouder. Een voorbeeld vormt een arrest van het Hof Leeuwarden.¹⁰⁶⁵ Hier was sprake van de volgende casus. Een verhypothekerd goed werd verhuurd in strijd met het huurbeding. De huurder oefende een massagesalon uit in het goed. De hypotheekhouder zegde, wegens overtreding van het in de hypotheekakte opgenomen huurbeding, de lening op en ging over tot executoriale verkoop.

Het hof oordeelt dat het beroep van de hypotheekgever op art. 3:303 BW – het ontbreken van voldoende belang bij de rechtsvordering – hier niet opgaat:

‘Het Hof begrijpt hieruit dat [de hypotheekhouder] heeft beoogd te stellen dat het voor hem in verband met het behoud van de waarde van de zaak van belang is door wie het wordt gebruikt en dat hij het om die reden ongewenst acht dat [de hypotheekgever] de zaak op basis van een overeenkomst van huur(koop) aan een derde in gebruik heeft gegeven. [...] Een hypotheekhouder heeft er immers alle belang bij dat het bezwaarde registergoed voldoende zekerheid biedt en blijft bieden voor verhaal van zijn vordering op de hypotheekhouder. Het zonder de vereiste toestemming in gebruik geven van het met het recht van hypotheek bezwaarde registergoed aan een (willekeurige) derde kan, zoals [de hypotheekhouder] terecht heeft betoogd, aan dit gerechtvaardigde belang afbreuk doen.’

Dit arrest maakt duidelijk dat de hypotheekhouder met een beroep op het huurbeding kan overgaan tot executoriale verkoop, indien de hypotheekgever het onderpand in strijd met het onderpand verhuurt.

¹⁰⁶⁵ Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1857.

Roes lijkt, in zijn (ver) vóór dit arrest verschenen proefschrift, een andere mening toegedaan.¹⁰⁶⁶ Hij stelt dat de hypotheekhouder pas een belang heeft als het komt tot een executoriale verkoop en dat de hypotheekhouder zijn rechten uit het huurbeding pas kan laten gelden als het komt tot uitwinning. Over het belang van de hypotheekhouder om te waken tegen waardedaling stelt hij:

‘Het zou echter kunnen zijn dat de achteruitgang in kwaliteit van het onderpand, te wijten is aan verhuur. Maar even zo goed kan dat gebeuren bij een andere wijze van in gebruik geven dan huur. Een verbod van verhuur (afgezien van art.1612 etc.) en iedere andere wijze van ingebruikgeving is dus wel begrijpelijk. Een dergelijk verbod moet echter gezien worden in hetzelfde vlak als de ook in iedere akte voorkomende bepaling, dat de eigenaar verplicht is het onderpand goed te onderhouden. Het een is de hypotheekgever/eigenaar verboden, tot het ander is hij gehouden.’

Uit hetgeen Roes erna opmerkt, blijkt dat zijn opvatting en het arrest van het Hof Leeuwarden wel degelijk overeenstemmen:

‘De juiste sanctie op overtreding van gebod of verbod, moet worden gezocht in opeisbaar stellen van de schuld. Niet in een optreden tijdens de rit.’

In deze zin oordeelt ook het Hof Leeuwarden. De hypotheekgever handelt door verhuur in strijd met het huurbeding en daarmee met zijn verplichtingen die uit de hypotheekakte voortvloeien. In de hypotheekakte of algemene voorwaarden is verhuur veelal opgenomen als opeisbaarheidsgrond. Om deze reden kan de hypotheekhouder de lening opeisen.¹⁰⁶⁷ Vervolgens kan de hypotheekhouder de executoriale verkoop starten en na aanzegging van de executoriale verkoop overgaan tot het invoeren van het huurbeding, conform de in art. 3:264 BW voorgeschreven procedure.

Overigens zal het opeisbaar stellen van de hypothecaire vordering zich met name voordoen in gevallen waarin de verhuur op een waardeverminderende wijze plaatsvindt. Een voorbeeld daarvan vormt, naast het voorbeeld in het arrest, het exploiteren van een wietplantage door de huurder of het vernielen/slopen van het onderpand door de huurder. In andere gevallen zal de hypotheekhouder weinig genegen zijn het huurbeding al in te roepen. Of dit gedogen kan worden gezien als toestemming voor de huur in de zin van art. 3:264 lid 1 BW, wordt hierna besproken.

6.6.2.4 Toestemming voor de huur?

In art. 3:264 lid 1 BW staat dat de hypotheekgever die het goed *zonder toestemming* van de hypotheekhouder verhuurt in overtreding is. In dat geval

¹⁰⁶⁶ Roes 1970, p. 116.

¹⁰⁶⁷ Zie ook onderdeel 5.3.1.1.

kan de huurder, als het tot een executoriale verkoop komt, tot ontruiming worden gedwongen. Deze bepaling doet de vraag opkomen wanneer van toestemming van de hypotheekhouder kan worden gesproken. Art. 3:264 lid 1 BW stelt immers geen vereisten aan de toestemming, zodat schriftelijke of uitdrukkelijke toestemming voor de huur niet vereist is. In de hypotheekakte is echter veelal opgenomen dat de toestemming *schriftelijk* moet zijn verleend.

Nu art. 3:264 lid 1 BW de toestemming op grond van de hypotheekakte tot uitgangspunt neemt, kan de hypotheekhouder de toestemming aan een vormvereiste verbinden. Dit leidt echter wel tot de vraag of de hypotheekhouder steeds een beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste in de hypotheekakte, of dat onder omstandigheden ondanks het ontbreken van schriftelijke toestemming van de hypotheekhouder, toestemming kan worden aangenomen. Dit komt bijvoorbeeld aan de orde indien de hypotheekhouder weet heeft van de huur, maar hiertegen geen actie onderneemt.

Westrik geeft aan welke belangen bij de beantwoording van deze vraag tegenover elkaar staan:

‘[D]e hypotheekhouder zal de waarde van het onderpand op peil willen houden en zal niet zeer snel, door een enkel gedogen, met een later en jegens hem inroepbaar huurrecht geconfronteerd willen worden. In de algemene voorwaarden zal hij veelal een clause hebben opgenomen met de bepaling dat het ontvangen van huurpenningen geen toestemming krachtens art. 3:264 BW inhoudt. De huurder daarentegen zal wél een snelle ‘gebondenheid’ van de hypotheekhouder aan het huurrecht willen zien wanneer het op executie aankomt. Hij zal zich beroepen op zijn positie als derde ten aanzien van de rechtsverhouding hypotheekhouder-hypotheekgever.’¹⁰⁶⁸

Hij stelt vervolgens dat voor een risico-omslag in het nadeel van de hypotheekhouder in de literatuur geen breed draagvlak lijkt te zijn.¹⁰⁶⁹ Ook in een uitspraak van de Rechtbank Assen wordt vastgehouden aan het schriftelijkheidsvereiste dat in het huurbeding in de hypotheekakte is opgenomen:

‘De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dat gebruik alleen dan niet strijdig is met het huurbeding als de bank uitdrukkelijke schriftelijke toestemming heeft gegeven voor de gepretendeerde huurovereenkomst. Dat uitdrukkelijk toestemming daarvoor is verkregen is niet gesteld. Wat wel is gesteld is dat de bank heeft geweten van de verhuur en/of het gebruik van het pand en dat voor zover de bank niet heeft beoogd toestemming te geven, zij wel het vertrouwen heeft gewekt dat zij die toestemming heeft gegeven. Al wat aldus gesteld en in dat verband tot het verweer wordt aangevoerd, geeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het juist gaat om uitdrukkelijke schriftelijke toestemming, waarvan niet is gebleken.’¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ Westrik 2001, p. 61.

¹⁰⁶⁹ Westrik 2001, p. 61.

¹⁰⁷⁰ Vzr. Rb. Assen 8 november 2011, *LJN* BU9400.

Ik betwijfel of niet onder omstandigheden de huurder *toch* een beroep kan toekomen op gerechtvaardigd vertrouwen, in die zin dat hij erop had mogen vertrouwen dat het handelen (of nalaten) door de hypotheekhouder kan worden beschouwd als toestemming voor de huur. In dat geval zal de hypotheekhouder door zijn gedragingen (of nalaten) zelf in de hand hebben gewerkt en is het redelijk dat hij bij de executoriale verkoop het huurbeding niet kan invoeren. Zo beschouwd levert een enkel gedogen nog geen toestemming op. Met andere woorden, de hypotheekhouder kan gedurende de looptijd van de hypothecaire lening weet hebben van de verhuur, maar heeft hiertegen geen actie te ondernemen zolang de executoriale verkoopprocedure niet is opgestart. Dit leidt af uit de ratio van het huurbedingartikel, zoals besproken in onderdeel 6.6.1.¹⁰⁷¹ Zoals ook hiervoor betoogd heeft de hypotheekhouder gedurende de looptijd veelal weinig belang bij het invoeren van het huurbeding. In deze zin oordeelt ook de Hoge Raad in het arrest *Albers c.s./Assmann c.s.*:

‘dat de hypotheekhouder zolang de schuldenaar jegens hem zijn verplichtingen nakomt, veelal geen belang heeft ten aanzien van zulke huurovereenkomsten te zijnen behoeve de onverbindendheid in te roepen, doch dit belang zal kunnen ontstaan, indien de schuldenaar zijn verplichtingen niet meer nakomt, de hypotheekhouder daarom tot executie of de daarvoor in de plaats tredende verkoop als bedoeld in art. 1223, lid 2 in verband met art. 1255 BW overgaat, en geen zekerheid bestaat dat de opbrengst van het bezwaarde goed bij handhaving van bedoelde huurovereenkomsten voldoende zal zijn voor het door de hypotheekhouder uit te oefenen verhaal.’¹⁰⁷²

Er zal dan ook niet snel sprake zijn van omstandigheden waaronder de huurder een beroep toekomt op gerechtvaardigd vertrouwen met betrekking tot de toestemming voor de huur. Een omstandigheid waarin gedacht kan worden is dat de hypotheekhouder, op het moment dat hij weet heeft van de verhuur, afspraken maakt met de hypotheekgever over de cessie of verpanding van de huurpenningen aan hem.¹⁰⁷³ In dergelijke gevallen is denkbaar dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat geen succesvol beroep meer kan worden gedaan op het huurbeding. Ook daadwerkelijke cessie van de huurpenningen aan de hypotheekhouder zou onder omstandigheden een beroep op het huurbeding in de weg kunnen staan. De enkele bepaling in de hypotheekakte dat in geval van huur de huurpenningen aan de hypotheekhouder verpand worden lijkt mij onvoldoende.

Een lastig punt is nog of onder ‘toestemming’ in de zin van art. 3:264 lid 1 BW ook valt het geval waarin de hypotheekhouder weet heeft van de huur,

¹⁰⁷¹ Zie ook Pres. Rb. Haarlem 18 juli 1984, *KG* 1984, 233 (Van Zoonen/Rietveld c.s.); Pres. Rb. Zwolle 27 juli 1982, *KG* 1982, 138 (Romkes/Wakker).

¹⁰⁷² Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (*Albers c.s./Assmann c.s.*).

¹⁰⁷³ In deze zin: Rb. Utrecht 14 juni 1982, *NJ* 1983, 148 (*NMB/Exploitatie Maatschappij Eemnes c.s.*); Rb. Roermond 17 februari 1976, *NJ* 1977, 324 (*NMB/Gerrits c.s.*).

bijvoorbeeld omdat hij daarvan door de eigenaar in kennis is gesteld, daarvoor geen schriftelijke toestemming geeft, maar de huurder wel een ontruimingsverklaring laat tekenen. Kan de hypotheekhouder bij executoriale verkoop dan een beroep doen op deze (obligatoir werkende) ontruimingsverklaring, of kan in dit geval toestemming voor de huur worden aangenomen? Gezien het hiervoor ingenomen standpunt – de huurder wordt alleen beschermd indien hij gerechtvaardigd mag *vertrouwen op toestemming* door de hypotheekhouder – meen ik dat in dit geval de huurder geen bescherming toekomt. Hoewel de hypotheekhouder de huur gedurende enige tijd gedooft, is van aanvang af voor de huurder duidelijk dat hij hiervoor geen toestemming geeft. Van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de huurder kan dan geen sprake zijn.

6.6.2.5 Het schadevergoedingsrecht van de huurder

Een belangrijke bepaling in het huurbedingartikel is ook het zevende lid. Dat lid kent aan de huurder van wie het recht als gevolg van het invoeren van het huurbeding teniet gaat een recht op schadevergoeding toe. Deze bepaling is ingevoerd na een aanbeveling van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak om de huurder financiële compensatie te geven indien hij het goed moet verlaten.¹⁰⁷⁴ Dit schadevergoedingsrecht is in de literatuur positief ontvangen, hoewel er ook wordt op gewezen dat de executieopbrengst in veel gevallen onvoldoende zal zijn om hieruit de huurder te kunnen voldoen.¹⁰⁷⁵

Uit een enquête van Albers-Dingemans uit 1998 blijkt dat in de praktijk maar weinig van het schadevergoedingsrecht gebruik gemaakt wordt.¹⁰⁷⁶ Op de vraag:

‘Hoe vaak komt het voor dat als het huurbeding wordt ingeroepen, de huurder op grond van art. 3:264, 7 BW een schadevergoedingsvordering indient?’,

¹⁰⁷⁴ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1360-1361 (VV & MvA). Hiervoor pleitte ook Stein 1985, p. 268-269. Zie ook onderdeel 6.6.1.

¹⁰⁷⁵ Rodenburg & Russel 1986, p. 60: ‘Het is een handreiking aan de gedupeerde huurder, die echter méér belooft dan in de praktijk veelal waargemaakt zal kunnen worden.’; Tratnik & Mertens 1988, p. 50: ‘een welkome tegemoetkoming aan de huurders en pachters’; Heuff 1991, p. 116-116: ‘Een verbetering van de positie van de huurder bevat ook lid 7 [...]. [...] De vaststelling van de vergoeding kan nog een probleem opleveren.’; Van Ingen 1995, p. 595: ‘Hoe nobel de gedachte ook is, veelal zal deze bepaling de huurder weinig baten. De huidige kredietpraktijk leert dat in de regel niets over schiet voor de overige schuldeisers en mitsdien ook niet voor de huurder.’ Van Velten 1989, p. 770 wijst nog op de onzekerheid voor latere hypotheekhouders bij de beoordeling van de belasting van het goed in financieel opzicht. Voorts wijst Hielkema 1993, p. 15 op het belang van de vordering met voorrang in geval van faillissement.

¹⁰⁷⁶ Albers-Dingemans 1998, p. 23, p. 161 en 166.

is het gemiddelde antwoord 2%. Opvallende uitschieters hierbij zijn Amsterdam (13%) en Maastricht (25%). De reden hiervoor wordt in de enquête helaas niet vermeld. Wel meent de overgrote meerderheid (85%) van de notarissen dat het tot taak van de notaris behoort de huurder op deze schadevergoedingsvordering te wijzen.¹⁰⁷⁷ Ik sluit mij bij deze meerderheid aan, mede gezien de in onderdeel 5.2.4.2 uitgewerkte zorgplicht van de notaris tegenover de betrokkenen bij de executoriale verkoopprocedure.¹⁰⁷⁸

Het recht op schadevergoeding past goed bij de beschermde positie die de huurder in het burgerlijk recht toekomt. Weliswaar kan hij ook de verhuurder aanspreken uit wanprestatie, maar het is maar de vraag of dit hem iets oplevert – de executoriale verkoop wordt immers veelal opgestart vanwege de slechte financiële positie van de hypotheekgever/schuldenaar. Nu voor de huurder geen recht op een vervangende woonruimte (of, bij huur van niet-woonruimte, werk- of verblijfsruimte) bestaat en hij veelal de nodige kosten zal moeten maken voor verhuizing en inrichting, is het redelijk hem hierin tegemoet te komen.

Het schadevergoedingsrecht van de huurder kan worden vergeleken met het schadevergoedingsrecht dat een beperkt gerechtigde toekomt op grond van art. 3:282 BW. Op grond van die bepaling krijgt de beperkt gerechtigde van wie het recht, vanwege de niet-inroepbaarheid ervan tegenover de hypotheekhouder, bij executoriale verkoop vervalt een schadevergoedingsrecht. De schadevergoedingsvordering van de beperkt gerechtigde neemt rang onmiddellijk na de vorderingen van degenen tegen wie hij zijn recht niet kan invoeren; de vordering van de huurder neemt rang na degenen tegen wie hij zijn recht niet kan invoeren. Evenals de beperkt gerechtigde heeft de huurder voor zijn schadevergoedingsvordering een *rechtstreekse aanspraak* op de executieopbrengst.¹⁰⁷⁹

In de literatuur is maar weinig aandacht uitgegaan naar de gevallen waarin de huurder recht heeft op schadevergoeding.¹⁰⁸⁰ Uit de wetsbepaling zelf en de bijbehorende parlementaire geschiedenis komt in ieder geval naar voren dat de huurder recht op schadevergoeding heeft, ook al had hij door raadpleging van de openbare registers ‘beter moeten weten’.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁷ Albers-Dingemans 1998, p. 162 en 166.

¹⁰⁷⁸ Zie ook Kleijn 2000.

¹⁰⁷⁹ Van Hees 2011, p. 325 (m.n. ook voetnoot 1).

¹⁰⁸⁰ Wel is een discussie geweest over de rang van het vergoedingsrecht bij de verdeling van de executieopbrengst, zie Huijgen 1996-I, p. 363-364; Van Ingen 1996, p. 692-693 met naschrift van Huijgen 1996-II, p. 693-694; Kleijn 1996, p. 819 met naschrift van Huijgen 1996-II, p. 819-820; Fesevur 1997, p. 319-320; Heyman 1997, p. 86-88 met naschrift van Huijgen 1997-II, p. 88-89; Huijgen 1997-III, p. 363-364; Albers-Dingemans 1998, p. 44. Zie ook Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 879.

¹⁰⁸¹ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1360-1361 (VV & MvA).

Uit art. 3:264 lid 7 BW wordt bovendien duidelijk dat in alle gevallen waarin het recht van de huurder ‘krachtens lid 2 verloren gaat’ een recht op schadevergoeding bestaat. Dit zou meebrengen dat ook in de uitzonderingsgevallen van het vijfde lid – de huurder stemt schriftelijk in met vernietiging of de huur is tot stand gekomen ná de aankondiging – een schadevergoedingsrecht bestaat. In die gevallen behoeft weliswaar geen verlof te worden gevraagd, maar moet het huurbeding wel worden ingeroepen op deze wijze die het eerste lid voorschrijft. Deze huur eindigt derhalve eveneens krachtens het tweede lid, zodat ook in deze situaties een recht op schadevergoeding bestaat. Het strookt echter niet met de regeling van het huurbeding dat de huurder ook in deze gevallen een recht op schadevergoeding heeft. De huur zal in deze gevallen veelal zijn aangegaan om de rechten van de hypotheekhouder bij de executoriale verkoop te schaden; in ieder geval had de huurder van de executoriale verkoop op de hoogte kunnen zijn door de aankondiging.¹⁰⁸² Hetzelfde geldt in geval van misbruik of fraude door de huurder, bijvoorbeeld bij samenspanning met de hypotheekgever/verhuurder of door antedatering van de huurovereenkomst. Het schadevergoedingsrecht behoort de huurder in deze gevallen niet toe te komen.¹⁰⁸³

Een belangrijke vraag is nog waaruit de schadevergoeding van de huurder bij vernietiging van het huurrecht bestaat. In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:264 BW merkt de minister van Justitie hierover op:

‘Ik heb niet enige afwijking beoogd van de normale regels van schadevergoedingsrecht. Alle elementen van schade die voor vergoeding in aanmerking komen, kunnen hierbij dus ook worden opgevoerd. Dus een beperking of uitbreiding van schadefactoren of een schadebegrip als zodanig staat mij niet voor ogen.’¹⁰⁸⁴

In art. 3:264 lid 7 BW wordt dan ook van een ander vergoedingsbegrip uitgegaan dan in art. 7:275 BW, waar de tegemoetkoming in de verhuis- en inrichtingskosten voor de huurder in geval van beëindiging van de huurovereenkomst voor de huur van woonruimte is geregeld.¹⁰⁸⁵ Bij de beoordeling van de schadevergoeding dient de daadwerkelijke schade die door de beëindiging van de huur ontstaat te worden vastgesteld. Uit de enquête van Albers-Dingemans komt naar voren dat in de zeldzame gevallen dat een schadevergoedingsvordering werd ingediend de schadeclaim bestond uit ‘een vergoeding van de

¹⁰⁸² Anders: Van Ingen 1995, p. 595. Dat deze risico’s zich in de praktijk wel degelijk verwezenlijkt, blijkt bij Ferwerda e.a. 2007, p. 123-124. Zie ook Van Heeswijk 2005, p. 59-60.

¹⁰⁸³ Zie ook Van Ingen 1995, p. 595.

¹⁰⁸⁴ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1369 (VC II Voortgang).

¹⁰⁸⁵ Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 245 (Antwoorden Kamervragen Van Gent).

verhuiskosten en herinrichtingskosten, terwijl een enkele maal ook tijdelijke verhuiskosten en opslagkosten werden toegewezen'.¹⁰⁸⁶

Hoewel het vaststellen (of schatten, ingeval nog geen vordering is ingediend) van de omvang van de schadevergoedingsvordering geen eenvoudige opgave lijkt, dient de notaris bij de verdeling van de executieopbrengst hiermee rekening te houden. Er zal voor de huurder een bedrag moeten worden gereserveerd bij de verdeling.¹⁰⁸⁷ De huurder doet bovendien mee bij de besprekingen over de verdeling van de opbrengst, zo blijkt uit art. 3:270 BW.

Van belang is nog wie vaststelt wat de omvang van de schade van de huurder als gevolg van de vernietiging van diens huurrecht is. Dit lijkt mij geen taak voor de notaris, zo leid ik ook af uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.¹⁰⁸⁸ Deze uitspraak handelt weliswaar niet over de vaststelling van de vordering van de huurder, maar kan wel dienen als algemeen uitgangspunt voor de rol van de notaris bij de verdeling van de opbrengst:

‘[De hypotheekgever] betwist weliswaar de vordering van zijn broer, maar het is niet aan de notaris en overigens ook niet aan de bank of aan [de veilingkoper] om de juistheid van een vordering te beoordelen. Dat dient te geschieden door de rechter.’

Komen de belanghebbenden er in onderling overleg niet uit, dan is de gerechtelijke rangregeling van art. 3:271 lid 1 BW jo. 552 jo. 482-490a, 490c en 490d Rv de aangewezen weg. In de tussentijd dient de notaris het geschatte bedrag onder zich te houden.¹⁰⁸⁹

In de wettelijke regeling is overigens geen termijn gesteld aan de huurder om gebruik te maken van zijn rechten uit het zevende lid.¹⁰⁹⁰ Ik meen dat de belanghebbenden (hypotheekhouder, notaris, huurder en andere schuldeisers) hier de mogelijkheid hebben de huurder een termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan, op straffe van verlies van zijn schadevergoedingsrecht. Anders zou de huurder de procedure van uitbetaling van de executieopbrengst oneindig kunnen ophouden.

6.6.2.6 Huurovereenkomst voor vestiging van het hypotheekrecht

Aan het slot van dit onderdeel komt nog de situatie ter sprake waarop het vierde lid van art. 3:264 BW ziet: de huurovereenkomst is aangegaan *voor* de vestiging van de hypotheek. Deze bepaling geeft in de eerste plaats een met de *prior*

¹⁰⁸⁶ Albers-Dingemans 1998, p. 23. Vgl. Heuff 1991, p. 117.

¹⁰⁸⁷ Van Velten 1989, p. 770. Zie ook Heuff 1991, p. 117; Gerver 2001, p. 77.

¹⁰⁸⁸ Vزر. Rb. Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA8802.

¹⁰⁸⁹ Kleijn 2000.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Van Ingen 1995, p. 595.

tempore-regel vergelijkbare regeling. De hypotheekhouder kan het huurbeding namelijk niet invoeren tegen een huurder wiens huurrecht vóór de vestiging van het hypotheekrecht tot stand. Daarnaast geeft de bepaling een regeling voor het invoeren bij het huurbeding in geval van *opvolgende* huurovereenkomsten: het huurbeding kan evenmin worden ingeroepen tegen de huurder, indien op het moment van hypotheekvestiging reeds was verhuurd. De bedoeling van deze bepaling wordt duidelijk uit het vervolg van deze zin: ‘en de nieuwe verhuring niet op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden heeft plaatsgevonden’. De gedachte hierachter zal zijn dat de hypotheekhouder op het moment van de totstandkoming van het hypotheekrecht en de daaraan ten grondslag liggende lening rekening heeft kunnen houden met de huur en de gevolgen daarvan voor de waarde van het onderpand.¹⁰⁹¹ Op het al dan niet verhuurd zijn heeft de hypotheekhouder zijn financiering aangepast, waarbij in de regel voor een verhuurd goed een waardedrukkend effect is meegenomen. Dan is het redelijk de hypotheekhouder ook gebonden te achten aan opvolgende huur, mits deze verhuur niet op ongewone, meer bezwarende wijze heeft plaatsgevonden.

In dit onderdeel wordt een drietal met de bepaling van art. 3:264 lid 4 BW verband houdende vraagstukken beantwoord. Allereerst wie bescherming geniet indien de huur vóór het hypotheekrecht is aangegaan en zowel de hypotheekhouder als de huurder stelt dat hij niet van het recht van de ander op de hoogte was. Het tweede vraagstuk betreft de uitleg van de zinsnede ‘niet op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden’. Dit onderdeel wordt afgesloten met een bespreking over de toepassing van het huurbedingartikel op de situatie hypotheek-huur-hypotheek.

1. Huur voor hypotheek; is de hypotheekhouder gebonden?

In ieder geval twee uitspraken van de Hoge Raad zien op de vraag aan de orde gekomen wie bescherming geniet indien de huur is aangegaan vóór de hypotheekakte en beide partijen zich op het standpunt stellen dat zij niet van elkaars rechten op de hoogte waren.¹⁰⁹² De uitkomsten van deze arresten verschillen: in het ene arrest (Gay Association c.s./Engelen c.s.) gaat de hypotheekhouder voor, in het andere (Metterwoon/Van Ommen) de huurder.

¹⁰⁹¹ Parl. Gesch. Boek (Inv. 3, 5, 6), p. 1355 (MvT). Vgl. de minister van Justitie in zijn brief van 2 april 2001: *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089 enz., nr. 20, p. 3. Zie ook: De Haas 1983, p. 233 ; Rodenburg & Russell 1984, p. 439; De Haas 1984-II, p. 440-441 Stein 1985, p. 268; Rodenburg & Russel 1986, p. 60; Tratnik & Mertens 1988, p. 50; Van Ingen 1995, p. 592; Gerver 2001, p. 74-75.

¹⁰⁹² Hoge Raad 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn (Gay Association c.s./Engelen c.s.); Hoge Raad 15 november 1996, *NJ* 1997, 508 m.nt. W.M. Kleijn (Metterwoon/Van Ommen).

Voor een goed begrip van de verschillende uitkomsten worden de casusposities van beide arresten hier besproken.

Allereerst het arrest *Gay Association c.s./Engelen c.s.* In rechtsoverweging 3.4 somt de Hoge Raad de voor deze uitspraak relevante rechtsfeiten op, welke hier kort worden weergegeven:

- de huurovereenkomst is aangegaan op moment dat verhuurder nog niet beschikkingsbevoegd was;
- in de hypotheekakte kwam het huurbeding voor;
- de hypotheekakte en transportakte zijn tegelijk ingeschreven in de openbare registers;
- de hypotheekhouder heeft niet ingestemd met de verhuur, was niet van de verhuur op de hoogte en in de leveringsakte werd vrij van huur aan verkrijger/hypotheekgever overgedragen;
- de huurder heeft geen onderzoek gedaan in de openbare registers naar de bevoegdheid van de verhuurder om te verhuren.

Bij executoriale verkoop wil de hypotheekhouder (eveneens oud-eigenaar) het goed vrij van huur overdragen aan de koper. De bevoegdheid tot het invoeren van het huurbeding de diensgevolge ontruimen wordt daartoe in de veilingvoorwaarden overgedragen aan koper. Na de executoriale verkoop en overdracht vorderden de kopers bij executoriale verkoop dan ook ontruiming door de huurders.

De Hoge Raad beantwoordt in dit arrest de vraag of dit geval gelijk kan worden gesteld met verhuur door de hypotheekgever *na* vestiging van de hypotheek en zonder toestemming van de hypotheekhouder. Na een interessante belangenafweging beantwoordt de Hoge Raad deze vraag bevestigend: de kopers konden het huurbeding invoeren:

‘Enerzijds hebben de hypotheekhouder en de koper ter executie die zijn recht aan hem ontleent, een sprekende behoefte aan bescherming tegen – de waarde van het onderpand drukkende – huurovereenkomsten die door de hypotheekgever reeds waren gesloten voordat hij beschikkingsbevoegd was geworden en waarop de hypotheekhouder die het huurbeding maakte, in de regel niet bedacht behoefde te zijn. Deze bescherming is mede in het belang van allen die tegen een onderpand, bestaand in onverhuurd onroerend goed, krediet willen opnemen, omdat zonder een dergelijke bescherming het geval bestaat dat verstrekkers van hypothecair krediet niet bereid zullen blijken de waarde van het goed in onverhuurde staat onverkort tot uitgangspunt te nemen.

Anderzijds had de huurder zich door raadpleging van de openbare registers – van welke raadpleging art. 1230 BW uitgaat – kunnen onderzoeken of zijn verhuurder tevens eigenaar of beperkt zakelijk gerechtigde was, bij gebreke waarvan een huurder in beginsel met de mogelijkheid van ontruimingsvorderingen door derden rekening heeft te houden. Ook dan is de huurder bovendien niet geheel onbeschermd, nu hij in geval van ontruiming immers een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie op de verhuurder zal hebben.’

De Hoge Raad oordeelt met deze ‘hypotheekhoudervriendelijke’ belangenafweging in het voordeel van de hypotheekhouder en koper. In het arrest Metterwoon/Van Ommen werd daarentegen de huurder beschermd. De relevante rechtsfeiten in dit arrest zijn de volgende:

- de huurovereenkomst was aangegaan vóór de levering en de inschrijving van het hypotheekrecht, dus toen de verhuurder nog niet beschikkingsbevoegd was;
- na de levering zou de verkoper huurder van het goed worden;
- in de hypotheekakte kwam, naast de bepaling dat de hypotheekgever het goed in eigen gebruik en niet verhuurd had, het huurbeding voor;
- de hypotheekakte en leveringsakte zijn tegelijk ingeschreven in de openbare registers;
- in de leveringsakte was opgenomen dat niet vrij van huur werd verkocht;
- naar eventuele verhuur heeft de hypotheekhouder slechts telefonisch navraag gedaan bij het passerende notariskantoor. Hierbij wordt hem gemeld dat de passage in de leveringsakte op een misverstand berust en dat deze zal worden aangepast.

De Hoge Raad oordeelt in dit arrest, met nadrukkelijke verwijzing naar de omstandigheden van het geval, als volgt:

‘Het hof heeft in het onderhavige geval terecht beslissend geacht dat de transportakte door overschrijving waarvan het appartementsrecht door Van Ommen aan Kortekaas werd overgedragen, uitdrukkelijk vermeldde dat het appartement niet vrij van huur was. Dit brengt mee dat FGH [de hypotheekhouder, IV] erop bedacht had behoren te zijn dat het appartement verhuurd was. Daaraan doet niet af dat, zoals Metterwoon [de koper bij executoriale verkoop, IV] aanvoert, van de zijde van FGH bij de secretaresse van de notaris telefonisch navraag is gedaan en dat deze toen heeft medegedeeld dat deze passage op een misverstand berustte en nog zou worden veranderd. Noch het tweede, noch het derde middel bestrijdt immers dat de akte onveranderd is gebleven en dat FGH geen verder onderzoek heeft ingesteld.

Een en ander moet worden gezien in het licht van het volgende. Een verkoper die, zoals Van Ommen, met de koper is overeengekomen dat hij na de overdracht de verkochte woning als huurder mag blijven bewonen en vervolgens meewerkt aan een transportakte waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat de woning niet vrij van huur wordt overgedragen, mag in verband met het bepaalde in art. 7A:1612 BW erop vertrouwen dat de koper-verhuurder niet alsnog zijn rechten uit de huurovereenkomst kan frustreren door in aansluiting op de overdracht en met verzwijging van de huurovereenkomst een hypotheek op de woning te vestigen. Het belang van de verkoper-huurder om niet in dit vertrouwen te worden beschaamd, behoort zwaarder te wegen dan dat van de hypotheekhouder die uit de transportakte heeft kunnen opmaken dat er een eerdere huurovereenkomst was, maar dit onvoldoende heeft onderzocht.’

Opvallend is dat de Hoge Raad hier een belang uit de relatie verhuurder/huurder (vertrouwen op mededeling huur aan hypotheekhouder) laat meewegen in de belangenafweging tussen hypotheekhouder/koper en huurder.

In dit arrest wordt, evenals in het arrest Gay Association c.s./Engelen c.s., veel belang gehecht aan de onderzoeksplichten van beide partijen. In de casus van

het Gay Association c.s./Engelen c.s.-arrest bleek uit de leveringsakte niet van verhuur en de hypotheekhouder was daarvan ook niet op andere wijze op de hoogte. Een onderzoek naar de leveringsakte, waarbij de hypotheekhouder overigens als vervreemder betrokken was, had in dit geval niet tot kennis over de verhuur geleid. In het Metterwoon/Van Ommen-arrest lag dit anders, omdat in dit geval wel in de leveringsakte was opgenomen dat het goed verhuurd was. Voor een geslaagd beroep op art. 3:264 BW is op grond van deze arresten derhalve van belang wat de *leveringsakte* – waarmee de aankomend hypotheekgever het goed verkrijgt – is bepaald ten aanzien van het feitelijk gebruik van het goed. Als daaruit blijkt dat het goed in verhuurde staat wordt verkregen, zal de hypotheekhouder nadien het huurbeding niet kunnen inroepen.

Hier ligt ook een belangrijke taak voor de notaris, zoals ook Kleijn in zijn annotatie onder het arrest Metterwoon/Van Ommen tot uitdrukking brengt:

‘Wellicht had terzake het stellen van enige vragen toch voor de hand gelegen! En op wiens weg had het gelegen deze vragen te stellen: van de hypotheekhouder of van de notaris? Ik denk van beide: van de hypotheekhouder bij het uitbrengen van de offerte en van de notaris bij zijn recherche terzake van de hypotheekakte.

Dit alles moge een aansporing zijn voor de notaris om t.a.v. het al of niet verhuurd zijn meer zorg te besteden bij een hypotheekvestiging. Op deze wijze blijft de notaris de spil in het Nederlandse onroerend-goed-gebeuren, waarin hij nu eenmaal een belangrijke rol speelt en m.i. moet blijven spelen.’¹⁰⁹³

Uit het arrest Gay Association c.s./Engelen c.s. blijkt dat daarnaast op de *huurder* – naast zijn verplichting in de openbare registers na te gaan of er een hypotheekrecht rust op het verhuurde goed en of terzake een huurbeding geldt – een onderzoeksplicht rust, namelijk voor het raadplegen van de leveringsakte. In de casus van het arrest had de huurder door onderzoek in de, in de openbare registers ingeschreven leveringsakte dan wel onderzoek bij het kadaster voor informatie over de rechthebbende op de hoogte kunnen zijn van de beschikkingsonbevoegdheid van zijn verhuurder. Aan de kenbaarheid door onderzoek worden door de Hoge Raad vergaande consequenties verbonden, nu de huurder de rechten van de hypotheekhouder tegen zich moet dulden.

In deze arresten wordt minder belang gehecht aan de *feitelijke* situatie. Dat is niet onlogisch, nu het afleiden van verhuur uit de feitelijke situaties in veel gevallen lastig zal zijn: hoe is uit de omstandigheden van het geval op te maken dat niet de eigenaar, maar een ander de woning bewoont?¹⁰⁹⁴ De aangewezen weg voor beantwoording van de vraag of de huur geacht kan worden *na*

¹⁰⁹³ Annotatie Kleijn onder Hoge Raad 15 november 1996, *NJ* 1997, 508 m.nt. W.M. Kleijn (Metterwoon/Van Ommen).

¹⁰⁹⁴ Van Velten 1989, p. 771.

hypotheekvestiging te zijn aangegaan, lijkt dan ook te bezien tot welke conclusie huurder en hypotheekhouder hadden moeten komen na raadpleging van de openbare registers.

2. Wanneer is de nieuwe huur ongewoon en/of meer bezwarend?

Uit het vierde lid van art. 3:264 BW blijkt ook in welk geval een op een vóór het hypotheekrecht aangegane huur opvolgende huurovereenkomst niet aan de hypotheekhouder kan worden tegengeworpen. Dit is het geval, wanneer – *a contrario* art. 3:264 BW – de nieuwe verhuring op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden heeft plaatsgevonden. De ratio voor deze bepaling zal zijn dat de hypotheekhouder bij zijn financiering weliswaar rekening heeft gehouden met de huur, doch alleen met de voorwaarden die hem destijds bekend waren. De hoogte van de lening is op die voorwaarden afgestemd. Het is dan onbillijk hem ook geboden te achten aan opvolgende huur, die op voor de waarde van het goed nadeliger voorwaarden heeft plaatsgevonden.

Dan is nog wel de vraag wanneer de nieuwe huur als ongewoon en/of meer bezwarend kan worden aangemerkt. Dit geldt temeer, nu voor bescherming van de huurder niet is vereist dat de huurovereenkomst aan de hypotheekakte is gehecht,¹⁰⁹⁵ of dat de hypotheekhouder op andere wijze kennis moet nemen van de huurovereenkomst wil deze aan hem kunnen worden tegengeworpen. Helaas is (gepubliceerde) rechtspraak op dit punt niet voor handen en is evenmin veel literatuur over dit onderwerp voorhanden. Evenals Hielkema meen ik dat de door de huurder te betalen huurprijs hier veelal bepalend zijn,¹⁰⁹⁶ waarbij in de procedure zowel de nieuwe als de oude huurovereenkomst zal moeten worden overgelegd.

3. Hypotheek-huur-hypotheek

Het laatste vraagstuk in verband met art. 3:264 lid 4 BW betreft de volgende situatie: in de hypotheekakte is een huurbeding opgenomen, vervolgens wordt het onderpand verhuurd, waarna tussen dezelfde hypotheekhouder en hypotheekgever een *nieuwe* hypotheekakte wordt opgemaakt, met daarin eveneens een huurbeding. Kan dit huurbeding dan tegen de huurder worden ingeroepen?

In een procedure voor de president van de Rechtbank Arnhem kwam deze vraag aan de orde.¹⁰⁹⁷ In de uitspraak verwijst de rechter naar de in het arrest *Gay Association c.s./Engelen c.s.* gemaakte belangenafweging (zie onder 1). Vervolgens neemt de rechter als belangrijke omstandigheden in aanmerking:

¹⁰⁹⁵ Dit wordt overigens terecht door Van Velten wel aangeraden: Van Velten 1989, p. 771.

¹⁰⁹⁶ Hielkema 1993, p. 14.

¹⁰⁹⁷ Pres. Rb. Arnhem 19 maart 1993, *KG* 1993, 143.

- de hypotheekakten betroffen nagenoeg dezelfde partijen en hetzelfde onderpand;
- de laatste hypotheekakte was kennelijk bedoeld ter vervanging van de eerdere hypotheekakte;
- het eerste hypotheekrecht is pas geëindigd na de vestiging van het nieuwe hypotheekrecht. Er is derhalve sprake van een ‘aansluitend’ huurbeding;
- de hypotheekhouder heeft niet ingestemd met de verhuur, waarvan hij ‘naar valt aan te nemen’ niet op de hoogte was. In de hypotheekakte was ook opgenomen dat het object vrij van huur was.

De president van de Rechtbank komt tot het oordeel dat een afweging van belangen meebrengt dat dit geval voor de toepassing van art. 3:264 BW gelijk moet worden gesteld met de situatie waarin *na* hypotheekvestiging zonder toestemming van de hypotheekhouder wordt verhuurd. Het huurbeding kan derhalve met vrucht worden ingeroepen tegen de huurder. Van Erp beschouwt dit oordeel als ‘een mooi en terecht voorbeeld van toepassing van art. 3:12 BW’.¹⁰⁹⁸ Wel geeft hij aan dat indien partijen slechts beogen een *ruimere kredietmogelijkheid* te scheppen, het vestigen van een tweede of derde hypotheekrecht niet de problemen zal geven zoals in deze casus. De eerste hypotheekhouder kan dan in ieder geval met vrucht het huurbeding inroepen.

6.6.3 Heroverweging van het huurbeding: twee redenen

In dit en het volgende onderdeel wordt stilgestaan bij de vraag of de oplossing die de hypotheekhouder heeft gevonden voor de in onderdeel 6.6.1 besproken vraag wel de meest wenselijke is.¹⁰⁹⁹ De totstandkoming van het huurbeding-artikel is, zoals besproken, gebaseerd op de volgende vraag:

‘Indien een onroerend goed ten gevolge van de insolventie van den eigenaar is vervreemd, kan dan het huurkontraat door den koper worden vernietigd?’¹¹⁰⁰

Hierna zal worden betoogd dat de huidige oplossing van deze vraag, zoals neergelegd in art. 3:264 BW, om twee redenen heroverweging verdient. De eerste reden ziet op de vermogensrechtelijke grondslag van de bepaling, de tweede op de te ver doorgevoerde huurdersbescherming bij woonruimte.

¹⁰⁹⁸ Van Erp 1993, p. 66. Zie ook de discussie naar aanleiding van Huijgen 1996-I, p. 363-364, waarover meer in onderdeel 6.6.2.5.

¹⁰⁹⁹ De bespreking in dit en het volgende onderdeel bevat een geactualiseerde en uitgebreidere versie van mijn artikel: I. Visser, ‘Heroverweging van het huurbeding-artikel (art. 3:264 BW): een voorstel’, *FTV* 2011, 3. Ten tijde van het verschijnen van dat artikel was alleen de inhoud van het concept-wetsvoorstel nog bekend. Hierna wordt ook aandacht besteed aan het op 22 november 2012 bij de Tweede Kamer aangeboden wetsvoorstel.

¹¹⁰⁰ Voorduin V 1838, p. 220.

6.6.3.1 Heroverweging op grond van de vermogensrechtelijke grondslag

Hier werk ik eerst de vermogensrechtelijke grondslag voor herooverweging van het huurbedingartikel uit. Bij de bespreking van het huurbedingartikel in het vorige onderdeel is naar voren gekomen dat de hypotheekhouder op grond van art. 3:264 BW actie moet ondernemen tegen een huurder van wie het recht *na* zijn recht tot stand is gekomen. Dit is vanuit vermogensrechtelijk oogpunt een vreemde constructie. De *prior tempore*-regel brengt immers mee dat oudere goederenrechtelijke rechten in beginsel voorgaan op jongere goederenrechtelijke rechten. Ook kan de hypotheekhouder zijn goederenrechtelijke recht inroepen tegen persoonlijke rechten als het huurrecht.¹¹⁰¹

Als gevolg van de executoriale verkoop en overdracht gaan de op het goed rustende hypotheeken in beginsel teniet, vervallen de ingeschreven beslagen en niet-inroepbare beperkte rechten én kunnen persoonlijke rechten niet tegen de koper worden ingeroepen. Indien een gerechtigde dit niet wenst, moet hij hiertegen zelf opkomen. Art. 3:264 BW geeft in dit opzicht voor het huurrecht een afwijkende regeling. Op grond van die bepaling is actie van de hypotheekhouder vereist om vrij van huur te verkopen, bij de huur van woonruimte is hiervoor zelfs rechterlijk verlof nodig. De wetgever lijkt zich weinig bewust van deze afwijking van het vermogensrechtelijk systeem.¹¹⁰²

Door de wetgever wordt namelijk uitgegaan van de toepassing van de toepassing van de ‘koop breekt geen huur’-regel (art. 3:226 BW) bij executoriale verkoop. Op deze grond acht de wetgever het maken van een huurbeding dan ook noodzakelijk (art. 3:226 lid 2 BW).¹¹⁰³

Intermezzo: de proefschriften van Roes en Westrik

Dat aan de bepaling van art. 3:264 BW een onjuist vermogensrechtelijk uitgangspunt ten grondslag ligt, is onder meer betoogd door Roes en Westrik.¹¹⁰⁴

In 1970 komt Roes in zijn proefschrift met een tot dan toe maar weinig gehoord geluid over het huurbedingartikel, destijds nog neergelegd in art. 1230 OBW:

‘Het is echter duidelijk dat de wetgever op deze manier een onnodige omweg maakt. Eerst wordt aan art. 1612 een onnodig ver strekkende uitleg gegeven en vervolgens wordt als remedie tegen de vreemde consequenties van die uitleg een apart art. in het leven geroepen. Indien men art. 1612 in systematisch verband met het stelsel van ons zakenrecht ziet, en hypotheek ook consequent in dat kader beschouwt, is de gehele problematiek overbodig. Het enige verschil is, dat het beding van art. 1230 facultatief is

¹¹⁰¹ Zie onderdeel 6.5.

¹¹⁰² Zie ook Westrik 2005, p. 27-49.

¹¹⁰³ Zie ook Westrik 2001, p. 51-52.

¹¹⁰⁴ Westrik 2001; Roes, 1970, p. 87-109. Zie hierover ook: Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 360.

en de mogelijkheid laat nuances aan te brengen in die zin bijv. dat huur voor een beperkte tijd wordt toegestaan.¹¹⁰⁵

Hier maakt Roes duidelijk dat het, gezien vanuit een goederenrechtelijke bril, niet nodig is een beding in de hypotheekakte op te nemen om vrij van huur te kunnen verkopen. Het huurbedingartikel kan derhalve zonder problemen uit het BW worden geschrapt, althans dit kon zonder problemen onder het oud-Burgerlijk Wetboek. Huur, aangegaan na de vestiging van het hypotheekrecht, vervalt dan zonder meer na executoriale verkoop en overdracht.

Als verklaring voor het bestaan van art. 1230 OBW geeft Roes een historische. In de parlementaire geschiedenis bij het tot stand komen van art. 1230 OBW is nooit met zoveel woorden gesproken over de inpassing van deze bepaling in het goederenrechtelijke systeem. De regeling ‘koop breekt geen huur’, destijds neergelegd in art. 1612 OBW, werd van toepassing geacht op iedere vorm van verkoop, zowel op de reguliere als op de executoriale verkoop. Evenmin is onderscheid gemaakt in de vorm van de executoriale verkoop, de executoriale verkoop door de hypotheekhouder is niet afzonderlijk beschouwd. Doordat de ‘koop breekt geen huur’-regel ook bij de executoriale verkoop van toepassing werd geacht, zocht men naar mogelijkheden om de hypotheekhouder te beschermen. Deze bescherming is uiteindelijk neergelegd in art. 1230 OBW. Is art. 1230 OBW *de iure constituto* nog te verklaren,¹¹⁰⁶ over het neerleggen van een soortgelijke bepaling in het ‘nieuwe’ (huidige) BW is Roes kritischer:

‘Is er enige reden aan te voeren, waarom in een nieuw ontwerp dat het gehele B.W. omvat – en zelfs wanneer het alleen een ontwerp hypotheekrecht betreft behoeft dit niet strikt noodzakelijk anders te zijn – wederom deze wonderlijke weg moet worden bewandeld? Moet wederom een artikel worden opgenomen als art.1612 dat huur zakelijke werking geeft, maar in verhouding tot hypotheek meer schijnt te bewerken, en dat wat dit laatste betreft door een andere regel weer moet worden gecorrigeerd? Waarom zou niet rechtstreeks een helder en consequent systeem kunnen gelden? Dat wil zeggen zonder de te ver strekkende uitleg van art.1612 en zonder de mogelijkheid van een huurbeding? Nergens gebiedt ons civielrechtelijk systeem deze uitleg van de regel: “koop breekt geen huur”; slechts de historie, of zo men wil: de aanwezigheid van art.1230 lid 1, nopen ertoe.’¹¹⁰⁷

Inmiddels is duidelijk dat de wetgever niet conform het betoog van Roes gehandeld heeft. In het huidige Burgerlijk Wetboek is art. 3:264 BW opgenomen, waarin de hypotheekhouder wordt verplicht een huurbeding op te nemen in de hypotheekakte, indien hij bij een eventuele executoriale verkoop vrij van huur wil verkopen en daarop zijn financiering heeft afgestemd.

¹¹⁰⁵ Roes 1970, p. 94.

¹¹⁰⁶ Vgl. Stein 2001, p. 848-849

¹¹⁰⁷ Roes 1970, p. 107.

Het komt mij voor dat Roes in zijn betoog vergeet dat zijn standpunt destijds als nieuw kon worden gekwalificeerd. Zoals Roes ook stelt, is de meeste literatuur over het huurbeding tot dan toe gericht op de vraag of ook de koper bij een executoriale verkoop een beroep kan doen op het huurbeding.¹¹⁰⁸ Bij het ontwerpen van een Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever zich, evenals de wetgever dat bij het ontwerp van art. 1230 OBW onvoldoende beseft, onvoldoende rekenschap gegeven van de inpassing van het huurbeding in het goederenrechtelijk systeem. De historische verklaring van Roes kan derhalve eveneens worden toegepast ten aanzien van het huidige huurbedingartikel.¹¹⁰⁹

In 2001 stelt ook Westrik in zijn proefschrift kritische vragen over het bestaan van art. 3:264 BW. Uitgangspunt bij het schrijven van zijn dissertatie zijn de moeilijkheden die ontstaan vanwege de art. 7A:1612 OBW ('koop breekt geen huur', het huidige art. 7:226 BW) en 3:264 BW (het huurbedingartikel). In de inleiding schrijft Westrik:

'Rechtsonzekerheid is troef zodra een hypotheekhouder het verbonden goed wil gaan executeren en daarbij het huurbeding, gemaakt bij de hypotheekvestiging, moet inroepen omdat het verhypotheekende goed na die vestiging blijkt te zijn verhuurd.'¹¹¹⁰

Vervolgens onderzoekt Westrik de redenen voor het bestaan van art. 3:264 BW en de verklaringen voor de ruime uitleg van art. 1612 OBW/7:226 BW. Deze ruime uitleg komt er op neer, dat de regel 'koop breekt geen huur' *ook* van toepassing wordt verklaard bij de executoriale verkoop door de hypotheekhouder, terwijl het recht van de hypotheekhouder is ontstaan *voor* de huur. Westrik acht echter geen der onderzochte verklaringen afdoende. Hij pleit dan ook voor een beperkte uitleg van art. 1612 OBW:

'Een beperkte en naar mijn mening juiste uitleg van art. 7A:1612 BW ligt dan ook voor de hand. Daarbij kan de bestaande bescherming voor huurder van woonruimte, nu

¹¹⁰⁸ Zie: Roes 1970, p. 92. Zie ook: Westrik 2001, p. 51: 'Men kan zich afvragen waarom de twijfel aan art. 3:264 BW en de daarin genoemde beperkingen nimmer tot een serieuze discussie over de noodzaak van een huurbedingartikel heeft geleid.' Zie echter: Meijers, die het uitdrukkelijk bedingen in de veilingvoorwaarden reeds in 1940 als een 'nodeloos formalisme' bestempelt: Meijers, annotatie onder Hoge Raad 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848 m.nt. E.M.M. (De Boer/Haskerveenpolder). Desondanks is het bedingen ervan ook in zijn ontwerp gehandhaafd.

¹¹⁰⁹ In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 3:264 BW lijkt de wetgever er vanuit te gaan dat de regel 'koop breekt geen huur' (art. 1612 OBW/art. 7:226 BW) van toepassing is bij de executoriale verkoop. De vraag, of het nodig is een huurbeding te maken in de hypotheekakte om de huur in geval van executoriale verkoop te doen vervallen komt niet aan de orde. Zie ook de hierna te bespreken *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 28-33.

¹¹¹⁰ Westrik 2001, p. 17.

neergelegd in art. 3:264 lid 5-8 BW, blijven zoals zij is. Een huurbedingart. als zodanig is niet langer nodig en kan vervallen. [...]

Bij de beperkte uitleg dient uitgegaan te worden van:

(...) het algemene beginsel van zakenrecht, dat aan bestaande rechten op een zaak geen afbreuk kan worden gedaan door de vestiging van nieuwe, (...).'¹¹¹¹

Tot een aanpassing (of schrapping) van het huurbedingartikel hebben deze betogen niet geleid. Sterker nog, in een reactie op het proefschrift van Westrik verdedigt de minister van Justitie met volle overtuiging het bestaansrecht van het huidige art. 3:264 BW.¹¹¹² Dat bevat, in de woorden van de minister, een 'evenwichtige belangenafweging'. De minister ziet geen aanleiding de knopen die bij de totstandkoming van de wetsbepaling zijn doorgesneden 'opnieuw door te hakken, maar nu op andere wijze'.¹¹¹³ Ook in de literatuur wordt het weinig waarschijnlijk geacht dat het huurbedingartikel naar aanleiding van het betoog van Westrik opnieuw in overweging wordt genomen.¹¹¹⁴

Nu het wetsvoorstel Executieveilingen is gepubliceerd, acht ik de tijd voor herbezinning op deze wetsbepaling wél aangebroken. Alvorens de hierin beoogde wijzigingen te bespreken, wordt hier eerst nog aandacht besteed aan de tweede reden voor heroverweging van art. 3:264 BW. Deze reden ziet specifiek op het invoeren van het huurbeding bij *woonruimte*.

6.6.3.2 Te ver doorgevoerde bescherming van de huurder van woonruimte

Met invoering van art. 3:264 BW heeft de wetgever voor ogen gehad bij executoriale verkoop meer bescherming te bieden aan de huurder, met name de huurder van woonruimte. Als gevolg hiervan moet de hypotheekhouder in geval van (mogelijk) verhuurde woonruimte een actieve houding aannemen om de huurovereenkomst te vernietigen en het goed dientengevolge vrij van huur te kunnen verkopen. Er kunnen naast de goederenrechtelijke vraagtekens nog andere vraagtekens gesteld bij deze uitwerking van de positie van de huurder bij executoriale verkoop. Het huurbedingartikel is immers in het leven geroepen om de hypotheekhouder te beschermen tegen waardedrukkende huurovereenkomsten. Met de bepalingen van art. 3:264 BW moeten hypotheekhouder en veilingnotaris echter de nodige stappen zetten voor de realisatie van deze bescherming.¹¹¹⁵ Hierdoor wordt via een grote en bovendien kostbare omweg bereikt wat de wetgever voor ogen had: namelijk het vrij van huur kunnen verkopen bij de executoriale verkoop.

¹¹¹¹ Westrik 2001, p. 305.

¹¹¹² *Kamerstukken II* 2000/02, 26 089 enz., nr. 20 (Brief van de minister van Justitie). Zie voor een uitgebreide bespreking Westrik 2005, p. 34-49.

¹¹¹³ *Kamerstukken II* 2000/02, 26 089 enz., nr. 20 (Brief van de minister van Justitie), p. 2.

¹¹¹⁴ Gerver 2005, p. 120; Stein 2001, p. 848-849. Anders: Huijgen 2002, p. 205-206.

¹¹¹⁵ Zie onderdeel 6.6.2.2.

Door deze inspanningen en met name de daarmee gepaard gaande kosten en verlenging van de executoriale verkoopprocedure worden de uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure te zeer geweld aan gedaan. Daarbij komt dat het, zoals in onderdeel 6.6.2.2 ook ter sprake kwam, maar de vraag is of voor een hypotheekhouder of veilingnotaris steeds is te achterhalen of het goed is verhuurd. Inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie is voor de bescherming van de huurder immers niet verplicht en van de huur hoeft naar buiten toe niets te blijken. Zelfs de zogenaamde ‘onbekende huurder’ wordt met de regeling van art. 3:264 BW in beginsel beschermd bij executoriale verkoop, met alle gevolgen voor de netto-opbrengst van dien. Zelfs de mogelijkheid van verhuur kan al zorgen voor lagere biedingen en dus een lagere opbrengst, zoals Westrik stelt:

‘Voor het bestaan als ‘spookverschijning’ daarentegen hoeft er geen beroep op het huurbeding te worden gedaan. Iemand in de veilingzaal hoeft immers maar iets op te merken over een huurovereenkomst of over huurders die in het te veilen registergoed zouden zijn gesignaleerd en een huivering trekt over de rug van de aanwezigen, waaronder (een) potentiële koper (s). [...]’

Alleen al de mogelijkheid van een huurovereenkomst of van het verhuurd zijn van een goed kan in het nadeel van de veilende hypotheekhouder én van de overige schuldeisers van de geëxecuteerde uitpakken. Blijken er (al dan niet daadwerkelijk) bewoners van het te executeren goed te zijn – ‘bewoners’ die niet in het goed verblijven en bijvoorbeeld pas tevoorschijn komen op het moment van de veiling en eerst dan stellen een huurcontract te hebben of wellicht enig contract tonen –, dan dient het traject van art. 3:264 lid 5-8 BW bewandeld te worden. Het gevolg is dat het te executeren goed mogelijk slechts met instandhouding van een of meer huurcontracten verkocht en geleverd mag worden. Of dit gebeurt is bovendien afhankelijk van het oordeel van de voorzieningenrechter. De kwalijke gevolgen rond het moment van de veiling – tijdverlies, prijsdrukkend effect en rechtsonzekerheid voor alle betrokkenen, eigenaar/hypotheekgever, hypotheekhouder, potentiële koper(s) en mogelijke huurder(s) – laten zich raden.’¹¹¹⁶

Ook in andere literatuur komt de problematiek met betrekking tot de positie van de huurder bij executoriale verkoop naar voren. Zo zijn in onderdeel 3.2.1 al de bevindingen van Ferwerda e.a. hierover besproken.¹¹¹⁷ Ook Van Heeswijk schetst voorbeelden van de huurproblematiek:

‘Bij frauduleuze A-B-C-transacties zijn nagenoeg altijd “huurders” aanwezig, te weten: kamerbewoners die al vóór de hypotheek de woning huurden van A terwijl A de woning is blijven exploiteren ondanks de verkoop ervan. Er zijn voorts personen die tien of meer “eigen” woningen exploiteren, bijvoorbeeld door de woningen aan buitenlandse illegalen te verhuren per kamer of bed. Bij de aankoop hebben deze personen telkens verklaard de woning aan te kopen voor eigen bewoning. [...] Een aparte categorie wordt gevormd door in financiële moeilijkheden geraakte eigenaren, die een list verzinnen om na de

¹¹¹⁶ Westrik 2005, p. 27-28.

¹¹¹⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 123-124.

veiling toch in het huis te kunnen blijven wonen. Een voorbeeld is de eigenaar die met een kennis of partner (die geen debiteur is) een huurovereenkomst aangaat. Hij laat de huurovereenkomst registreren bij de Belastingdienst registreren zodat de datum van de huurovereenkomst daarmee vaststaat. [...] De huurder houdt zich schuil totdat de veiling afgelopen is. De veiling wordt aangezegd, de bewoner (debiteur in de hypotheek) blijft wonen in het pand, reageert verder nergens op én na de veiling en na het tekenen van de akte van kwijting meldt de huurder zich aan bij de koper op de veiling.¹¹¹⁸

Hoewel de hier geschetste problematiek niet illustratief is voor alle executoriale verkoop, onderstreept zij dat het huidige huurbedingartikel misbruik in de hand kan werken.

Bovendien zal een zorgvuldig onderzoek van de notaris voorafgaande aan de executoriale verkoop de problematiek maar ten dele oplossen. Als gezegd hoeft van de huur niet altijd naar buiten toe te blijken. Zo bezien zou de hypotheekhouder steeds het huurbeding moeten inroepen tegen ‘mogelijke huurders’, om aan de koper zekerheid te kunnen bieden dat hij een onverhuurd goed in handen krijgt. Hiermee schiet de huurbedingregeling haar doel voorbij. In het volgende onderdeel bespreek ik zowel de oplossing van de wetgever voor deze problematiek, als een voorstel van mijn kant voor aanpassing van art. 3:264 BW.

6.6.4 Wenselijke aanpassingen van het huurbedingartikel

6.6.4.1 De oplossing van de wetgever

Waar de wetgever voorheen weinig gewillig bleek wijzigingen aan te brengen in het na lange parlementaire discussie totstandgekomen huurbeding, staat in het wetsvoorstel Executieveilingen een tweetal wijzigingen van art. 3:264 BW, die in onderdeel 6.6.1 reeds zijn vermeld.

In de voorgestelde wijziging van art. 3:264 BW wordt de hypotheekhouder bij de *openbare* verkoop van *een tot bewoning bestemde onroerende zaak* in beginsel verplicht het huurbeding bij woonruimte in te roepen. In beginsel, want het wetsvoorstel formuleert drie uitzonderingen: de instandhouding van de huur is in het belang van de opbrengst; ook met instandhouding zal kennelijk een voldoende opbrengst worden verkregen om de hypotheekhouders te voldoen die het huurbeding in de hypotheekakte hebben opgenomen en dit jegens de huurder kunnen inroepen; er kunnen geen personen op grond van een huurovereenkomst gebruikmaken van het goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop ex art. 516 Rv. Verder wordt de ontruimingstermijn van art. 3:264 lid 6 BW verkort tot drie maanden.

¹¹¹⁸ Van Heeswijk 2005, p. 59.

In de memorie van toelichting komen de redenen voor deze wijzigingen naar voren.¹¹¹⁹ Opvallend is dat hier de belangen van de hypotheekhouder noch de huurder de overhand hebben, maar dat daarentegen het *belang van particuliere koper* voorop lijkt te staan:

‘Met de wijziging van artikel 3:264 BW wordt beoogd dat particulieren na een veilingkoop niet meer met huurders kunnen worden geconfronteerd waarvan het bestaan voor de hypotheekhouder redelijkerwijs te achterhalen was.’¹¹²⁰

Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat het belang van particuliere kopers hier als reden voor de wijziging wordt opgevoerd. Nadere bestudering van de memorie van toelichting leert, zoals in onderdeel 4.3.2.3 ook is besproken, dat het wetsvoorstel wel degelijk het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst als achterliggende gedachte kent. Immers, door de woning bij de executoriale verkoop vrij van huur te kunnen aanbieden zal deze verkoop naar verwachting tot een hogere opbrengst leiden.¹¹²¹ Dit geldt temeer nu deze woning ook aantrekkelijk wordt voor particulieren, hetgeen de kopersgroep kan vergroten en daarmee ook een positieve impuls kan geven aan de opbrengst.

De minister verliest echter uit het oog dat de problematiek van het huurbeding in eerste instantie moet worden gezien vanuit de belangen van de hypotheekhouder en de huurder. Door de focus op het bereiken van de particuliere koper wordt bovendien vergeten dat de keuze voor het al dan niet invoeren van het huurbeding bij de hypotheekhouder behoort te liggen. Samen met de notaris is de hypotheekhouder verantwoordelijk voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Dat de overweging het huurbeding in te voeren veelal zal zijn gebaseerd op de drie in het wetsvoorstel opgenomen gronden (en de in het zesde lid van art. 3:264 BW opgenomen grond voor de beoordeling door de voorzieningenrechter), neemt niet weg dat hier aan de notaris en hypotheekhouder vrijheid zal moeten gegeven om in de concrete situatie een afweging te maken. Het invoeren van het huurbeding brengt immers ook de nodige kosten mee, en het is aan de notaris en de hypotheekhouder om te bezien of het maken van deze kosten in het belang van de netto-opbrengst zal zijn.

¹¹¹⁹ MvT, p. 13-16.

¹¹²⁰ MvT, p. 15.

¹¹²¹ Het wetsvoorstel ziet alleen op de executoriale verkoop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak (een woning). De voorgestelde regeling wordt echter opgenomen in het eerste lid van art. 3:264 BW, en niet in de speciaal voor huur van woonruimte geschreven leden 5 en 6. Het lijkt mij wetssystematisch beter de bepaling toe te voegen aan het vijfde lid, waarin ook de overige uitzonderingen op het vragen van verlop voor het invoeren van het huurbeding zijn geregeld.

Het belang van een flexibele regeling, gericht op het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, wordt hiermee ondermijnd. Bij iedere executoriale verkoop moeten immers inspanningen worden verricht en kosten worden gemaakt om de huurder(s) op te sporen. Bovendien wordt de hypotheekhouder hiermee in wezen verplicht een gerechtelijke procedure te starten – wat zijn gegronde redenen om aan te nemen dat er geen andere bewoners zijn dan de hypotheekgever en diens gezinsleden –, terwijl het resultaat nog onzeker is. Is er geen huurder dan worden de kosten achteraf bezien onnodig gemaakt. De onbekende huurder wint het in deze regeling van de hypotheekhouder – en wellicht zelfs van de uiteindelijke te behalen netto-opbrengst. Dit is een ongewenst effect, dat bovendien strijdt met de ratio van art. 3:264 BW. Ten slotte moet worden gewezen op de gevolgen van een dergelijke huurdersvriendelijke regeling op de hypothecaire financierbaarheid van woonruimte, waarvan het belang in onderdeel 4.3.2 is besproken.

In mijn ogen heeft de wetgever de oplossing voor de geschetste problematiek dan ook niet op de gewenste wijze opgelost. Sterker nog, een dergelijke verplichte inroeping van het huurbeding strijdt met de uitgangspunten van de executoriale verkoopprocedure en heeft daarom een averechts effect. Om deze reden schets ik hierna een andere oplossing.

6.6.4.2 Voorstel tot aanpassing

Om recht te doen aan goederenrechtelijke uitgangspunten dient het huurbeding als zodanig uit de wet geschrapt te worden. Roes en Westrik hebben op overtuigende wijze aangetoond dat het bestaan van het huurbeding en in het verlengde daarvan het huurbedingartikel uitgaat van een onjuist uitgangspunt. De hypotheekhouder behoeft zich in beginsel niets aan te trekken van *na* zijn recht gesloten huurovereenkomsten.¹¹²² Hij kan deze op grond van de algemene goederenrechtelijke uitgangspunten bij de executoriale verkoop negeren. Ten aanzien een huurrecht kan bij executoriale verkoop dezelfde procedure kan worden gevolgd als bij posterieure beperkte rechten, zoals Roes aangeeft:

‘Wanneer bij de verkoop niets bijzonders wordt vermeld, kan dat niet anders betekenen dan dat het goed wat wordt verkocht ten vólle wordt verkocht, en dat latere zakelijke rechten worden genegeerd. [...]’

Op dezelfde wijze kan worden geredeneerd wanneer het betreft een huur aangaan in strijd met het beding van art. 1230. Wordt onverhuurd verkocht, dan zal dat betekenen dat de hypotheekhouder ten volle van zijn recht gebruik maakt. Hiertoe is voldoende dat niet in de veilingbedingen wordt vermeld dat een verhuurd goed wordt verkocht.¹¹²³

¹¹²² Het in art. 3:264 lid 4, tweede zin BW bepaalde dient in de door mij voorgestelde regeling wel behouden te blijven. Zie onderdeel 6.6.2.6.

¹¹²³ Roes 1970, p. 114.

Dit vereist een flinke omslag in het denken, nu reeds vanaf het bestaan van het huurbedingartikel en versterkt door het Albers c.s./Assmann c.s.-arrest in 1976 een andere lijn is ingezet.¹¹²⁴ Deze lijn is doorgetrokken in het huidige Burgerlijk Wetboek, waardoor slechts het uitdrukkelijk inroepen van het huurbeding leidt tot een verkoop vrij van huur. Anderzijds is deze denkomslag minder groot, indien bedacht wordt dat voor alle andere rechten (posterieure goederenrechtelijke rechten en alle persoonlijke rechten) in beginseleen gelijke redenering wordt gevolgd: geen expliciete vermelding in de veilingvoorwaarden betekent dat de rechten in beginsel zullen vervallen bij executoriale verkoop.¹¹²⁵

Als het huurbedingartikel daadwerkelijk wordt geschrapt, is het voortaan aan de huurder om actie te ondernemen als hij zijn ook na executoriale verkoop zijn huurrecht wil kunnen inroepen tegen de eigenaar. Hij kan hiervoor dezelfde procedure doorlopen als andere gerechtigden die hun recht willen behouden en op grond van art. 518 Rv een geschil over de veilingvoorwaarden voorleggen aan de voorzieningenrechter. De huurder kan zich bijvoorbeeld beroepen op het momenteel in art. 3:264 lid 6 BW neergelegde criterium van een ‘kennelijk voldoende opbrengst’ en stellen dat de hypotheekhouder geen belang heeft bij het vrij van huur verkopen.

Vanwege de behandeling van de huurder in het vermogensrecht verdient het wellicht ook aanbeveling hem voor het overige gelijk een beperkt gerechtigde met een niet-inroepbaar recht te behandelen. Hierdoor zal bij de bepalingen over de informatieverstrekking (art. 546 jo. 515 lid 2, 517 lid 1 en 523 Rv), het recht van art. 517 lid 2 Rv en de bevoegdheid van art. 3:268 lid 2 BW ook de huurder met een niet-inroepbaar recht als belanghebbende worden toegevoegd. Zo bezien kan ook zijn schadevergoedingsrecht van art. 3:264 lid 7 BW gehandhaafd blijven. Daarnaast zou ook de ontruimingstermijn in stand kunnen blijven, om de gevolgen voor de huurder enigszins te verzachten.

Het is ten slotte aan te bevelen art. 525 lid 3 Rv uit te breiden in die zin, dat ook de oud-huurder door de koper tot ontruiming kan worden gedwongen met het proces-verbaal van toewijzing (of de toewijzende beschikking van de voorzieningenrechter). Dit voorkomt dat de veilingkoper na de executoriale verkoop alsnog gedwongen is een kort geding tot ontruiming te starten jegens de huurder. In mijn ogen is dit in lijn met de wettelijke regeling, nu de koper het recht om de huurder tot ontruiming te dwingen ontleend aan de hypotheekhouder. Daarom

¹¹²⁴ Hoge Raad 14 mei 1976, *NJ* 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn (Albers c.s./Assmann c.s.). Zie ook onderdeel 6.6.2.1.

¹¹²⁵ Zie voor de kwalitatieve verplichting en het retentierecht onderdeel 6.5.4.1 respectievelijk 6.5.4.2.

kan niet alleen de hypotheekhouder, maar ook de koper (na de executoriale verkoop) de huurder tot ontruiming dwingen. Voor deze wijziging kan de tekst van art. 525 lid 3 nieuw-Rv van het wetsvoorstel worden gehandhaafd, omdat de huurder na de executoriale verkoop (en overdracht) kan worden beschouwd als gebruiker *zonder recht of titel*.

6.7 Het beheerbeding en beding van onder zich nemen

Art. 3:267 BW biedt de mogelijkheid om in de hypotheekakte een beheerbeding en een beding van onder zich nemen op te nemen (welk beding gebruikelijk wordt aangeduid als ‘ontruimingsbeding’). In dit onderdeel wordt uitgewerkt welke bevoegdheden de hypotheekhouder op grond van deze bedingen heeft.¹¹²⁶

Deze bedingen bieden namelijk goede mogelijkheden bij het streven naar een hogere opbrengst bij executoriale verkoop. De geringe literatuur en diversiteit in rechterlijke oordelen zorgen echter voor onduidelijkheid bij de uitvoering van de bevoegdheden op grond van de bedingen in de praktijk. In dit onderdeel wordt gepoogd deze onduidelijkheid voor zover mogelijk weg te nemen en daarnaast aanbevelingen te doen voor aanpassing van de wettelijke regeling. Hiermee wordt een bijdrage geleverd aan het vaker inroepen van de bedingen, om zo een positieve impuls aan de behaalde opbrengst bij de executoriale verkoop te geven.

Het beheerbeding komt in onderdeel 6.7.1 ter sprake, het beding van onder zich nemen in onderdeel 6.7.2. Onderdeel 6.7.3 bevat enkele beschouwingen die voor beide bedingen gelden. In deze onderdelen zal, evenals dat bij de beschouwing van het huurbeding is gedaan, gebruik worden gemaakt van niet-gepubliceerde rechtspraak om het betoog te ondersteunen en illustreren.

6.7.1 Het beheerbeding (art. 3:267, eerste zin BW)

Voordat de beide vereisten voor inbeheerneming worden geanalyseerd, is voor een goed begrip allereerst van belang wat het begrip ‘beheer’ inhoudt. De parlementaire geschiedenis is op dit punt weinig scheutig. Daarin staat slechts dat beheer het winnen van de vruchten insluit.¹¹²⁷ Op de ratio van het beheerbeding wordt niet ingegaan, terwijl die juist relevant is voor de invulling van de bevoegdheden van de hypotheekhouder op grond van het beheerbeding.

¹¹²⁶ De bespreking in dit onderdeel bevat een geactualiseerde en uitgebreidere versie van mijn artikel: I. Visser, ‘Over beheren en onder zich nemen. De bedingen van art. 3:267 BW nader uitgewerkt’, *WPNR* (6882) 2011, p. 311-319. Ten tijde van het verschijnen van dat artikel was alleen de inhoud van het concept-wetsvoorstel nog bekend. Hierna wordt ook aandacht besteed aan het op 22 november 2012 bij de Tweede Kamer aangeboden wetsvoorstel.

¹¹²⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (MvA).

Evenals Van Velten en Reehuis meen ik dat het doel van het beheerbeding het zeker stellen van de waarde van het onderpand voor de hypotheekhouder is.¹¹²⁸ Als *beheer* kunnen derhalve die handelingen worden aangemerkt, die nodig zijn voor behoud van de waarde van het onderpand – en dus het zekerheidsrecht van de hypotheekhouder. Van belang is nog dat het beheerbeding, anders dan het hierna te bespreken beding van onder zich nemen, zowel *in* als *buiten* de executoriale verkoopprocedure kan worden ingeroepen.¹¹²⁹ Ook gedurende de looptijd van de hypothecaire lening kan de hypotheekhouder derhalve met het beheerbeding ingrijpen, als waardedaling van het goed dreigt.

Veel schrijvers sluiten voor de invulling van het begrip ‘beheer’ overigens aan bij art. 3:170 lid 2 BW: alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn.¹¹³⁰ Bedacht moet echter worden dat de hypotheekhouder geen eigenaar is van het goed en dat het begrip ‘normale exploitatie’ bij beheer door de hypotheekhouder dan ook anders moet worden ingevuld dan in geval van een gezamenlijk goed waarop art. 3:170 lid 2 BW ziet. De hypotheekhouder heeft na het inroepen van het beheerbeding niet de bevoegdheden van een eigenaar, omdat hij een goederenrechtelijk zekerheidsrecht heeft op het goed; hij is *zekerheidsgerechtigde*, geen genotsgerechtigde.

Vandaar dat het mijns inziens beter is aan te sluiten bij de ratio van het beheerbeding en op grond daarvan te bezien tot welke handelingen de hypotheekhouder bevoegd is. Wel kan de invulling van het beheer van art. 3:170 lid 2 BW dienen ter illustratie van de beheerhandelingen van de hypotheekhouder, zolang de hierboven beschreven ratio niet uit het oog wordt verloren.

In de literatuur en rechtspraak zijn diverse voorbeelden van beheer te vinden. Zo wordt in literatuur noch rechtspraak betwijfeld dat de hypotheekhouder met gebruikmaking van het beheerbeding onderhoud kan plegen teneinde een betere indruk te maken op potentiële kopers.¹¹³¹ Voorts kunnen ook verhuur en het

¹¹²⁸ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 376; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 881.

¹¹²⁹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 376.

¹¹³⁰ Barkey Wolf 2009, p. 123; annotatie R.J. van Doornmalen onder Hoge Raad 26 april 2002, *TvI* 2002-4 en annotatie S.C.J.J. Kortmann onder Hoge Raad 26 april 2002, *NJ* 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./De Liagre Böhl q.q.); Gerver 2001, p. 79. Zie tevens conclusie AG Langemeijer bij Hoge Raad 26 april 2002, *NJ* 2005, 180 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./De Liagre Böhl q.q.), onder 4.11, waar de Hoge Raad zich ingevolge r.o. 4.4 bij aansluit.

¹¹³¹ Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 881; Gerver 2001, p. 79; Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 4.1. Zie ook: Loesberg & Van Ingen 2010. Zie voor rechtspraak: Rb. Haarlem 31 maart 2010 zaaknr. 167081 (niet gepubl.); Rb. 's-Gravenhage 9 september 2008, zaaknr. 318496 (niet gepubl.). Zie over sloop met het beheerbeding: annotatie S.C.J.J. Kortmann onder Hoge Raad 26 april 2002, *NJ* 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./De Liagre Böhl q.q.), onder 2.

instellen van een anti-kraakwacht als beheer worden aangemerkt.¹¹³² Dit zijn immers *onder omstandigheden* voorbeelden van handelingen die dienstig kunnen zijn aan het zeker stellen van de waarde van het onderpand. Ten aanzien van verhuur op grond van het beheerbeding moet overigens wel de nodige voorzichtigheid worden betracht in verband art. 3:264 BW. Het gevaar bestaat dat verkoop van het pand, vrij van huur bij executoriale verkoop dan niet meer mogelijk is, omdat sprake kan zijn van toestemming ex art. 3:264 lid 1 BW.¹¹³³

Ten aanzien van de executoriale verkoop is nog van belang of ook *bezichtiging* op grond van het beheerbeding mogelijk is. Die bevoegdheid lijkt eerder onder het in de tweede zin van art. 3:267 BW vermelde beding te vallen, nu zij veelal ‘met het oog op de executie vereist’ zal zijn. Het mogelijk maken van bezichtiging bevordert immers veelal de (opbrengst bij de) verkoop, al was het alleen maar vanwege de informatieve functie ervan.¹¹³⁴ Met het beheerbeding heeft zij op het eerste oog niets van doen, nu bezichtiging niet is gericht op waardebehoud van de woning. Zo bezien dient de hypotheekhouder in zijn streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst het beding van onder zich nemen in te roepen, teneinde bezichtiging mogelijk te maken. Toch lijken literatuur, rechtspraak en de minister van Veiligheid en Justitie een andere mening toegedaan. Loesberg & Van Ingen scharen de bezichtigingsmogelijkheid onder beheer,¹¹³⁵ Albers-Dingemans meent dat bezichtiging van een leegstaand goed mogelijk is op grond van het beheerbeding.¹¹³⁶ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel schikt de minister bezichtiging eveneens onder beheer:

‘Ook het “doen bezichtigen” van een pand valt onder het beheer. Zo kan worden bereikt dat er een bezichtiging van de woning voorafgaand aan de veilingverkoop kan plaatsvinden.

Het invoeren van het beheerbeding betekent voor de hypotheekhouder dat hij het beheer over het pand heeft. Dit brengt mee dat hij verzekeringen dient af te sluiten en noodzakelijk onderhoud moet uitvoeren. Om te bewerkstelligen dat enkel bezichtigingen kunnen plaatsvinden, vormt het beheerbeding voor de hypotheekhouder echter een te zware last.’¹¹³⁷

¹¹³² Andere schrijvers merken het installeren van een anti-kraakwacht als vorm van onder zich nemen aan, zie: Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 579; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, nr. 882. Mijns inziens is het installeren van een anti-kraakwacht echter een typische beheerdaad, die echter alleen aan de orde komt als een pand leeg is.

¹¹³³ Zie onderdeel 6.6.2.4. Zie over verhuur ook Loesberg & Van Ingen, 2010; Gerver 2001, p. 79.

¹¹³⁴ Zie onderdeel 4.4.2.

¹¹³⁵ Loesberg & Van Ingen, 2010.

¹¹³⁶ Het beding van onder zich nemen moet volgens Albers-Dingemans worden ingeroepen bij bezichtiging van een (bewoonde) woning ‘zonder toestemming van de eigenaar’: Albers-Dingemans, 1998, p. 16.

¹¹³⁷ MvT, p. 18.

Ook in de rechtspraak wordt bezichtiging meermaals als een vorm van inbeheerneming aangemerkt, zoals blijkt uit het overzicht in tabel 6.3.¹¹³⁸

Men zou de bezichtiging als een vorm van beheer kunnen opvatten, als het doel van inbeheerneming *breder* wordt getrokken. Het beheerbeding kan dan niet alleen worden ingeroepen ten behoeve van waardebehoud van het goed, maar tevens indien gevreesd moet worden voor een te lage opbrengst bij executoriale verkoop, waardoor de voldoening van de hypothecaire vordering in gevaar komt. Nu bezichtiging in de regel in het belang is van de opbrengst, zou bezichtiging zo gezien onder beheer vallen.¹¹³⁹

Ik zou beheer echter niet zo breed willen uitleggen. Mede gezien mijn betoog hierna merk ik bezichtiging aan als vorm van *onder zich nemen*, nu onder zich nemen die bevoegdheden inhoudt in het kader van een hogere opbrengst bij executoriale verkoop.

Het in het wetsvoorstel geïntroduceerde bezichtigingsbeding biedt een oplossing in de onduidelijkheid. Voor bezichtiging wordt met art. 3:267a BW een aparte bevoegdheid gecreëerd die los van het beheer en onder zich nemen kan worden ingeroepen.

Desondanks is veelal een combinatie met het inroepen van het beding van onder zich nemen (en wellicht ook het beheerbeding) aangewezen, zoals ook in de huidige praktijk vrijwel altijd bij een niet-leegstand goed zowel het beding van onder zich nemen als beheerbeding wordt ingeroepen. Doel van het wetsvoorstel is immers om meer particulieren naar de executoriale verkoop te trekken en juist dan is het inroepen van meerdere bedingen aangewezen. Het bezichtigen van een woning zonder toestemming van de bewoners zal immers weinig particulieren over de streep trekken. Men kan zich de gevallen indenken waarin de geïnteresseerden de woning bij bezichtiging als gevolg van sloop of verwaarlozing door de bewoners in zeer slechte staat aantreffen, of de geïnteresseerde particulier wordt afgeschrikt doordat hij zich bij de bezichtiging ter plekke realiseert dat de bewoners niet uit zichzelf vertrekken. Door eveneens het beding van onder zich nemen in te roepen kan de hypotheekhouder de bewoners voortijdig tot ontruiming dwingen en door daarnaast ook het beheerbeding in te roepen kan de hypotheekhouder (wanneer nodig) onderhoud plegen. Bezichtiging van een lege, ontruimde woning die eventueel met behulp van het beheerbeding is opgeknapt zal voor de particulier een aantrekkelijker vooruitzicht zijn. Wel biedt het inroepen van alleen het bezichtigingsbeding

¹¹³⁸ Anders (bezichtiging is vorm van onder zich nemen): V.zr. Rb. Middelburg 8 december 2010, *LJN* BP2147; V.zr. Rb. Arnhem 1 februari 2010 zaaknr. 194880 (niet gepubl.); V.zr. Rb. Utrecht 7 januari 2010 zaaknr. 278581 (niet gepubl.).

¹¹³⁹ Zo gezien kan ook ontruiming onder beheer vallen. Zie ook hierna onder 6.7.2.

HOOFDSTUK 6

goede mogelijkheden als de hypotheekhouder slechts taxatie mogelijk wil maken, foto's wil maken van de binnenkant van de woning ten behoeve van de informatievoorziening of wanneer hij zeker is van de goede staat van onderhoud van het goed. De praktijk zal uiteindelijk de toegevoegde waarde van een apart bezichtigingsbeding uitwijzen.

<i>Instantie</i>	<i>Waarvoor wordt beheerbeding ingeroepen?</i>	<i>Bijzonderheden</i>
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 9 september 2008, zaaknr. 318496	Voorkomen van verdere verloedering en waardevermindering van de woning; woning moet worden schoongemaakt en opgeknapt	-
Vzr. Rb. Groningen 5 juni 2009, zaaknr. 109824	Toegang tot de woning voor inspectie, taxatie en bezichtiging	-
Vzr. Rb. Assen 16 september 2009, zaaknr. 74522	Woning lijkt niet bewoond. Hypotheekhouder wil ervoor zorgen dat woning goede indruk maakt en dat woning kan worden bekeken door geïnteresseerde (particuliere) kopers	-
Vzr. Rb. Maastricht 22 oktober 2009, zaaknr. 143919	Woning toonbaar en toegankelijk maken voor bezichtiging	-
Vzr. Rb. Dordrecht 4 november 2009, zaaknr. 83009	Met het oog op voorgenomen uitwinning noodzakelijke taxatie en bezichtiging	Niet duidelijk of dit als beheer of onder zich nemen wordt beschouwd.
Vzr. Rb. Rotterdam 13 november 2009, zaaknr. 340894	Ter beschikking stellen van de woning voor bezichtiging	Machtiging 'indien en zodra [hypotheekgevers], ondanks daartoe strekken schriftelijk bevestigd verzoek, niet mee werken aan bezichtiging van het pand'.
Vzr. Rb. Groningen 8 januari 2010, zaaknr. 114551	Toegang tot de woning voor inspectie, taxatie en bezichtiging	-
Vzr. Rb. Leeuwarden 10 maart 2010, zaaknr. 101961	Toegang tot de woning voor inspectie, taxatie en bezichtiging	Niet duidelijk of dit als beheer of onder zich nemen wordt beschouwd.
Vzr. Rb. Almelo 22 maart 2010, zaaknr. 109521	Ter beschikking stellen van de woning voor bezichtiging	Niet duidelijk of dit als beheer of onder zich nemen wordt beschouwd.
Vzr. Rb. Haarlem 31 maart 2010, zaaknr. 167081	Verdere verloedering en daarmee waardevermindering van de woning voorkomen; woning is namelijk onbeheerd achtergelaten	-
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818	Toegang tot woning voor volledige taxatie ten behoeve van executieveiling en indien noodzakelijk herstel van woning	Inbeheerneming mag pas plaatsvinden 'nadat de woning daadwerkelijk is ontruimd'.

DE EXECUTORIALE VERKOOPPROCEDURE OP MACRONIVEAU

<i>Instantie</i>	<i>Waarvoor wordt beheerbeding ingeroepen?</i>	<i>Bijzonderheden</i>
Vzr. Rb. Dordrecht 12 mei 2010, zaaknr. 86671	Met het oog op voorgenomen uitwinning noodzakelijke taxatie en bezichtiging	-

Tabel 6.3: Uitwerking van het begrip 'beheer' in de rechtspraak

6.7.1.1 'In ernstige mate tekortschieten'

Voor inbeheerneming stelt de wet twee vereisten. Het eerste vereiste is dat de hypotheekgever jegens de hypotheekhouder 'in ernstige mate te kort schiet'. Dit vereiste kan in de hypotheekakte nader worden uitgewerkt, voor zover die uitwerking in het wettelijke kader past.

Evenals bij de invulling van de bevoegdheden van de hypotheekhouder op grond van het beheerbeding, dient ook dit vereiste te worden beoordeeld in samenhang met het doel van de regeling. Zo bezien is eerst plaats voor inbeheerneming, en dus sprake van in ernstige mate tekortschieten, indien gevaar bestaat voor waardedaling van het goed. Voor de concrete invulling van het vereiste kan gedacht worden aan zowel handelen als nalaten door de hypotheekgever. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het niet plegen van onderhoud en de exploitatie van een wietplantage in een woning.

Zoals hiervoor is uitgewerkt kan het doel van het beheerbeding ook worden uitgebreid naar het voorkomen van een te lage opbrengst bij executoriale verkoop waardoor de voldoening van de hypothecaire vordering in gevaar komt. Gedrag van de hypotheekhouder dat de verkoop bemoeilijkt, zoals het niet meewerken aan bezichtiging en taxatie van de woning, kan zo bezien onder omstandigheden ook als in ernstige mate tekortschieten worden aangemerkt.¹¹⁴⁰ Als gezegd moet het beheer mijns inziens enger worden uitgelegd. Bezichtiging en taxatie zijn handelingen in het kader van de executieopbrengst en daarvoor moet het beding van onder zich nemen worden ingeroepen.

Loesberg & Van Ingen vullen het vereiste mede in aan de hand van de hoogte van de hypothecaire vordering.¹¹⁴¹ De hypotheekhouder kan in die visie *eerst dan* overgaan tot inbeheerneming, wanneer de verwachte opbrengst onvoldoende is om de hypotheekhouder te voldoen. In mijn ogen kan de hypotheekhouder het beheerbeding echter *ook* inroepen indien gevaar bestaat voor waardedaling van het goed en hij dit wil voorkomen, terwijl de opbrengst naar verwachting nog wel voldoende is om de vordering van de hypotheekhouder te

¹¹⁴⁰ Zo bijvoorbeeld Loesberg & Van Ingen 2010.

¹¹⁴¹ Loesberg & Van Ingen 2010.

voldoen.¹¹⁴² Zoals meermaals besproken, heeft de hypotheekhouder immers de verplichting te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. In dit kader kan hij gebruikmaken van zijn bevoegdheden uit het beheerbeding.

Omdat het beheerbeding in deze situatie mede wordt ingeroepen ten behoeve van de hypotheekgever, zal de hypotheekhouder met diens belangen rekening moeten houden. Indien het inroepen van het beding zeer verstrekkende gevolgen meebrengt voor de hypotheekgever, terwijl de hypotheekhouder ook zonder het inroepen voldaan kan worden uit de opbrengst of terwijl de hypotheekgever aan zijn betalingsverplichting voldoet, zal de hypotheekhouder een pas op de plaats moeten maken. Nu het inroepen van het beheerbeding echter veelal *ook* de hypotheekgever ten goede zal komen, zal van een dergelijke pas op de plaats niet snel sprake moeten zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt nog dat eveneens sprake is van tekortschieten indien de schuldenaar in gebreke is met de voldoening van de zijn verplichtingen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt.¹¹⁴³ Dat is echter een reden voor het starten van de executoriale verkoop (art. 3:268 BW) en niet voor het inroepen van het beheerbeding.¹¹⁴⁴ Om het goed in beheer te nemen zal de hypotheekhouder – gezien de ratio van het beheerbeding – dan ook andere redenen dienen aan te voeren. Gedacht kan worden aan gevaar voor waardedaling van het goed of het feit dat het goed onbeheerd is achtergelaten door de hypotheekgever.

Wellicht dat de opmerking in de parlementaire geschiedenis in het licht moet worden gezien van het destijds nog gestelde vereiste van ‘tekortschieten’. Dat is na opmerkingen van de KNB gewijzigd in het huidige en strengere vereiste van ‘in ernstige mate tekortschieten’.¹¹⁴⁵ Met het nieuwe vereiste heeft de wetgever willen aansluiten bij een vergelijkbare regeling bij vruchtgebruik, art. 3:221 BW.¹¹⁴⁶

Die bepaling bevat eveneens de woorden ‘in ernstige mate tekortschiet[en]’, zodat voor een nadere invulling ook naar de daarover verschenen literatuur en parlementaire geschiedenis kan worden gekeken. Er is echter wel een belangrijk verschil tussen art. 3:221 BW en art. 3:267 BW. De eerste bepaling is geschreven vanuit het oogpunt van bescherming van de hoofdgerechtigde, terwijl het tweede artikel de *beperkt* gerechtigde, namelijk de hypotheekhouder,

¹¹⁴² Uiteraard moet dan wel voldaan zijn aan de vereisten van in ernstige mate tekortschieten en machtiging van de voorzieningenrechter.

¹¹⁴³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (MvA).

¹¹⁴⁴ Anders Barkey Wolf 2009, p. 122; Gerver 2001, p.79. Ook enkele voorzieningenrechters lijken verzuim in de betalingen voldoende te vinden, zie hierna.

¹¹⁴⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (NvW). Zie voor de opmerkingen van de KNB: *WPNR* (5280) 1974, p. 688.

¹¹⁴⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (NvW). Zie ook art. 5:87 lid 2 BW voor erfpacht.

beschermt. Bovendien heeft de hypotheekhouder ‘slechts’ een zekerheidsrecht. De hypotheekgever behoudt het volledige genot en beheer van zijn zaak, ook gedurende de looptijd van de lening.¹¹⁴⁷ Eerst bij executoriale verkoop, gevolgd door overdracht aan de veilingkoper komt hieraan een einde, *tenzij* de hypotheekhouder ingrijpt door middel van art. 3:267 BW. Nu het bij vruchtgebruik echter om ingrijpen door de hoofdgerechtigde – de eigenaar – gaat, zal daarbij sneller ‘in ernstige mate tekortschieten’ mogen worden aangenomen.¹¹⁴⁸

6.7.1.2 Machtiging van de voorzieningenrechter

Voor het inroepen van het beheerbeding is tevens machtiging van de voorzieningenrechter nodig. Het is derhalve de voorzieningenrechter die beoordeelt of sprake is van zodanig in ernstige mate tekortschieten dat inbeheerneming geoorloofd is.¹¹⁴⁹ Bij bestudering van de rechtspraak op dit punt valt op dat enkele voorzieningenrechters verzuim in de voldoening van de hypothecaire geldlening voldoende vinden, waar andere meer of andere gronden eisen. Vanzelfsprekend is het al of niet verlenen van machtiging afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar de voorzieningenrechters zouden hier naar mijn mening meer in lijn met het doel van het beheerbeding kunnen oordelen. Enkel verzuim in de voldoening van de hypothecaire verplichtingen is in ieder geval, zoals reeds onder 6.7.1.1 betoogd, dan onvoldoende.

Daarnaast wordt hier opgemerkt dat op een meer formeel punt eenvormigheid gewenst is. In de praktijk blijkt dat de formele procedures voor de behandeling van het verzoekschrift tot inbeheerneming per rechtbank verschillen. Er is diversiteit in behandeltermijnen, het oproepen van belanghebbenden en het al of niet houden van een zitting. Dit alles bevordert de duidelijkheid en rechtszekerheid niet. De inbeheerneming en de termijn waarop de executoriale verkoop gepland moet worden dienen niet afhankelijk te zijn van de rechterlijke instantie waaraan het verzoekschrift wordt voorgelegd.

Een landelijke richtlijn, zoals die ook is ontwikkeld voor de onderhandse verkoop, is hier gewenst. Naast het vastleggen van richtlijnen voor de formele procedure kan ook gedacht worden aan enige richtlijnen voor de beoordeling of sprake is van in ernstige mate tekortschieten. Dit zal de praktijk (en hopelijk het inroepen van de bedingen) ten goede komen, waarbij ik opmerk dat uiteraard

¹¹⁴⁷ Zie onderdeel 6.5.

¹¹⁴⁸ Zie voor de invulling van het vereiste bij vruchtgebruik o.m. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008 (5*), nr. 281; Mellema-Kranenburg 1999, p. 58. Van Gaalen tekent echter aan dat ‘niet iedere tekortkoming tot de instelling van het bewind [kan] leiden’, er zal sprake moeten zijn van een ‘ernstige misstap in het beheer door de vruchtgebruiker’: Van Gaalen 2001, p. 302.

¹¹⁴⁹ Tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter is hoger beroep mogelijk (Loesberg & Van Ingen 2010).

ruimte bestaat om – in bijzondere omstandigheden – van de richtlijnen af te wijken.

<i>Instantie</i>	<i>Grond(en) voor machtiging tot inbeheerneming</i>
Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 21 augustus 2008, zaaknr. 179621	Verzuim met voldoening betalingsverplichtingen.
Vzr. Rb. Groningen 5 juni 2009, zaaknr. 109824	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen contact mogelijk. - Geen toegang verschaft tot de woning ten behoeve van taxatie, inspectie en bezichtiging.
Vzr. Rb. Dordrecht 4 november 2009, zaaknr. 83009	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen medewerking aan en reactie op verzoeken met betrekking tot voorgenomen executoriale verkoop en met het oog daarop noodzakelijke taxatie en bezichtiging.
Vzr. Rb. Groningen 8 januari 2010, zaaknr. 114551	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen contact mogelijk. - Geen toegang verschaft tot de woning ten behoeve van taxatie, inspectie en bezichtiging.
Vzr. Rb. Arnhem 1 februari 2010, zaaknr. 194880	Verzuim voldoening betalingsverplichtingen.
Vzr. Rb. Leeuwarden 10 maart 2010, zaaknr. 101961	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Noodzakelijk voor inspectie, taxatie en bezichtiging.
Vzr. Rb. Almelo 22 maart 2010, zaaknr. 109521	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen medewerking aan en reactie op verzoeken met betrekking tot voorgenomen executoriale verkoop en met het oog daarop noodzakelijke bezichtiging.
Vzr. Rb. Haarlem 31 maart 2010, zaaknr. 167081	Onderpand onbeheerd achtergelaten.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen toegang verkregen tot de woning voor taxatie en mogelijk herstel.
Vzr. Rb. Dordrecht 12 mei 2010, zaaknr. 86671	<ul style="list-style-type: none"> - Verzuim voldoening betalingsverplichtingen. - Geen medewerking aan en reactie op verzoeken met betrekking tot voorgenomen executoriale verkoop en met het oog daarop noodzakelijke bezichtiging.
Vzr. Rb. Arnhem 3 juni 2010, zaaknr. 199967	Verzuim voldoening betalingsverplichtingen.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 17 juni 2010, zaaknr. 361559	Verzuim voldoening betalingsverplichtingen.

Tabel 6.4: Gronden voor het inroepen van het beheerbeding, invulling van het vereiste van 'in ernstige mate tekortschieten'

6.7.2 Het beding van onder zich nemen (art. 3:267, tweede zin BW)

Naast het in beheer nemen geeft art. 3:267 BW een tweede bevoegdheid aan de hypotheekhouder: het onder zich nemen. In literatuur, praktijk en rechtspraak wordt het beding van onder zich nemen gebruikelijk aangeduid als 'ontruimings-

beding'. Dit suggereert dat de hypotheekhouder dit beding kan inroepen indien hij wil ontruimen, hetgeen ook uit het voorbeeld in de parlementaire geschiedenis van het beding voortvloeit:

'Men denke aan de ontruiming van een gebouw ten einde dit leeg aan de koper ter executie te kunnen opleveren.'¹¹⁵⁰

Deze passage wordt in de literatuur verschillend uitgelegd. Van Velten geeft aan dat het voorbeeld inhoudt ontruiming teneinde ná executie leeg aan de koper te kunnen opleveren,¹¹⁵¹ Huijgen vermeldt dat het beding ziet op het installeren van anti-kraakwacht teneinde leeg aan de koper te kunnen leveren,¹¹⁵² terwijl Snijders & Rank-Berenschot en Reehuis het in de memorie van antwoord opgenomen voorbeeld letterlijk overnemen.¹¹⁵³ Laatstgenoemde schrijvers noemen voorts het installeren van een anti-kraakwacht in een gebouw als voorbeeld van onder zich nemen,¹¹⁵⁴ en Gerver geeft aan het in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeeld 'geen fraai voorbeeld' te vinden.¹¹⁵⁵ De ontruiming is in zijn ogen veeleer een gevolg van beheer. Door Stein wordt het beding van onder zich nemen ingezet voor ontruiming na onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 BW), nu hierop in zijn ogen art. 525 Rv niet van toepassing is.¹¹⁵⁶

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt ook uitgegaan van de ontruimingsbevoegdheid van de hypotheekhouder op grond van het beding van onder zich nemen.¹¹⁵⁷ Daarnaast wordt opgemerkt dat '[d]e omvang van de bevoegdheid [...] mede [moet] worden beoordeeld op grond van het tussen partijen overeengekomene en de omstandigheden van het geval'.¹¹⁵⁸ Dit geeft maar weinig duidelijkheid en doet onvoldoende recht aan het gegeven dat de omvang van de bevoegdheden in de eerste plaats in de wet wordt bepaald. Partijen kunnen vervolgens binnen die grenzen de bevoegdheden nader invullen.

¹¹⁵⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 821 (NvW).

¹¹⁵¹ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 376.

¹¹⁵² Huijgen 2007, p. 46.

¹¹⁵³ Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 579; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 882.

¹¹⁵⁴ Het installeren van een anti-kraakwacht acht ik echter een vorm van inbeheerneming, zie onder 6.7.1.

¹¹⁵⁵ Gerver 2001, p. 80-81.

¹¹⁵⁶ Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 4.2. Dat lijkt mij echter onjuist. De beschikking van de voorzieningenrechter en leveringsakte leveren mijns inziens, met analoge toepassing van art. 525 Rv, de executoriale titel tot ontruiming op, zie onder 6.2.4.5. Zie ook Loesberg & Van Ingen 2010.

¹¹⁵⁷ MvT, p. 16-17.

¹¹⁵⁸ MvT, p. 17.

In de rechtspraak wordt vrij algemeen aangenomen dat ontruiming met het beding mogelijk is.¹¹⁵⁹ Ook in het 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat de hypotheekhouder met het beding van art. 3:267, tweede zin BW een ontruimingsbevoegdheid heeft:

‘Eveneens kan hij [de hypotheekhouder] in de hypotheekakte uitdrukkelijk bedingen dat hij bevoegd is het onderpand onder zich te nemen, indien zulks met het oog op de executie is vereist (ontruimingsbeding). [...] Voor de uitoefening van laatstbedoelde ontruimingsbevoegdheid is, anders dan voor de uitoefening van de rechten uit het beheerbeding, geen voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. Nodig is slechts dat de ontruiming met het oog op de executie is vereist.’¹¹⁶⁰

Dat het hof vervolgens zware eisen stelt aan het gebruikmaken van deze bevoegdheid wordt hierna onder 6.7.2.2 uitgewerkt.

De vraag of ontruiming als vorm van ‘onder zich nemen’ mag worden begrepen beantwoord ik op gelijke wijze als bij het beheerbeding is gedaan, te weten naar de *ratio* van de bepaling. Onder ‘onder zich nemen’ zou ik willen verstaan de handelingen die nodig worden geacht in verband met de executoriale verkoop en de executieopbrengst. Daaronder *kan* ook ontruiming worden begrepen, nu een leeg en ontruimd goed over het algemeen de verkoop(opbrengst) bevordert. Zo bezien zijn ook bezichtiging en taxatie vormen van onder zich nemen. Het onderscheid tussen de bedingen van art. 3:267 BW wordt hiermee duidelijker. Gaat het om het voorkomen van waardedaling dan moet het beheerbeding worden ingeroepen, gaat het om handelingen betreffende de (opbrengst bij de) executoriale verkoop dan is het inroepen van het beding van onder zich nemen aan de orde.

6.7.2.1 ‘Met het oog op de executie vereist’

Over het enige in art. 3:267, tweede zin BW vermelde vereiste ‘met het oog op de executie vereist’ heeft het Hof 's-Hertogenbosch zich in de eerder vermelde uitspraak ook uitgelaten:

‘Voor de uitoefening van de in de hypotheekakte bedongen bevoegdheid tot het ‘onder zich nemen’ is pas plaats zodra de hypotheekhouder voornemens is over te gaan tot

¹¹⁵⁹ Kennelijk anders: Vzr. Rb. Zutphen 17 februari 2010, zaaknr. 109736 (niet gepubl.) (voorzieningenrechter schaaft ontruiming onder beheer); Vzr. Rb. Rotterdam 20 november 2009 zaaknr. 340871 (niet gepubl.) (voorzieningenrechter schaaft ontruiming onder beheer); Vzr. Rb. Breda 8 mei 2009 zaaknr. 202651 (niet gepubl.) (ontruiming valt buiten bereik art. 3:267 BW); Vzr. Rb. Maastricht 27 augustus 2009, zaaknr. 142722 (niet gepubl.) (ontruiming valt buiten bereik art. 3:267 BW). Opmerking verdient dat niet alle voorzieningenrechtters hierover oordelen, nu rechterlijke machtiging voor het inroepen van het beding van onder zich nemen niet mogelijk lijkt, zie hierna onder 6.7.2.2.

¹¹⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *JOR* 2008, 81 m.nt. E. Loesberg.

parate executieverkoop van het onderpand ex art. 3:268 BW en daarvan blijk heeft gegeven door aanzegging van de executie conform art. 544 e.v. Rv. Ook indien deze fase van uitwinning is ingetreden, ligt bovendien in het woord ‘vereist’ besloten dat er *dringende redenen* voor de hypotheekhouder aanwezig moeten zijn om de hypotheekgever diens gebruiksrecht op een eerder tijdstip te ontnemen dan waarop het normaal gesproken eindigt, dat wil zeggen op het tijdstip waarop de hypotheekgever zijn eigendomsrecht verliest, dus bij de levering van het onderpand aan de koper ter uitvoering van de eenmaal verrichte executieverkoop.¹¹⁶¹

Hier vult het hof het criterium nader in door dringende redenen te eisen voor de inroeping van het beding en te oordelen dat het inroepen eerst dan kan plaatsvinden, als de executoriale verkoopprocedure is aangezegd ex art. 544 Rv.¹¹⁶² Beide aanvullingen volgen niet met zoveel woorden uit de parlementaire geschiedenis, maar spreken – voor zover het ontruiming betreft – wel aan.¹¹⁶³ Ontruiming vóór executoriale verkoop, dat wil zeggen ontruiming vóór gunning, is een zware maatregel die tot gevolg heeft dat de eigenaar zijn rechten al voor de eigendomsoverdracht aan de koper verliest. Dat de eigendomsoverdracht aan de veilingkoper doorgang vindt en de eigenaar dus zijn woning moet verlaten is dan nog allerm minst zeker. Zo biedt de wet hem nog de mogelijkheid van lossing tot het moment van gunning of toewijzing door de voorzieningenrechter.¹¹⁶⁴ De ontruiming kan dus achteraf, uiterlijk bij de gunning, onnodig en onterecht blijken. Dat doet de vraag opkomen of ontruiming niet eerst *na* gunning (of toewijzing door de voorzieningenrechter) dient plaats te vinden. De hypotheekgever kan executoriale verkoop dan immers niet meer voorkomen door alsnog te lossen, terwijl aan de koper toch een lege en ontruimde woning kan worden geleverd. Bovendien kan ontruiming *voor* gunning de prikkel voor de hypotheekgever wegnemen om tot lossing over te gaan en zo executoriale verkoop te voorkomen.

Aan de andere kant zal ontruiming *voor* verkoop de verkoopopbrengst kunnen bevorderen. Een hogere opbrengst is niet alleen in het belang van de hypotheekhouder, maar vooral ook in het belang van de hypotheekgever. Dat rechtvaardigt dat onder omstandigheden toch ontruiming *voor* de verkoop plaatsvindt, bijvoorbeeld als de hypotheekgever iedere medewerking weigert, terwijl een lege en ontruimde woning naar verwachting meer (particuliere) bidders zal aantrekken en tot een hogere netto-opbrengst zal leiden.

¹¹⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *JOR* 2008, 81 m.nt. E. Loesberg. Cursivering toegevoegd door mij.

¹¹⁶² Vgl. Loesberg & Van Ingen 2010.

¹¹⁶³ Dit criterium wordt soms ook door voorzieningenrechters gehanteerd: Vzr. Rb. Arnhem 2 februari 2010, *NJF* 2010, 164; Vzr. Rb. Arnhem 1 februari 2010, zaaknr. 194880 (niet gepubl.). Het vereiste van aanzegging ex art. 544 Rv is in de memorie van toelichting bij art. 3:267 lid 2 nieuw-BW wél opgenomen: MvT, p. 16.

¹¹⁶⁴ Art. 3:269 BW, zie hierover onder 6.2.4.3.

Wil de hypotheekhouder met een beroep op het beding van onder zich nemen bijvoorbeeld taxatie en bezichtiging mogelijk maken dan gelden de voorwaarden die uit het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch voortvloeien evenzeer. De executoriale verkoopprocedure dient te zijn aangekondigd ex art. 544 Rv en er moet sprake zijn van dringende redenen. Als dringende reden volstaat hier in mijn ogen het niet meewerken aan bezichtiging en taxatie van het goed,¹¹⁶⁵ nu het tonen van een leeg en ontruimd goed aan potentiële bidders, met name ook particulieren, veelal zal leiden tot een hogere netto-opbrengst.

6.7.2.2 Machtiging voorzieningenrechter nodig?

Terwijl de machtiging van de voorzieningenrechter in de eerste zin van art. 3:267 BW expliciet is opgenomen, ontbreekt zij in de tweede zin. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet of hier sprake is van een omissie van de wetgever of dat de machtiging bewust is weggelaten. Uit het onder 6.7.2.1 weergegeven citaat blijkt dat het Hof 's-Hertogenbosch rechterlijke machtiging niet nodig acht.¹¹⁶⁶ Van Velten acht rechterlijke machtiging evenmin nodig.¹¹⁶⁷ Ook Loesberg & Van Ingen lijken van mening dat (voor ontruiming) geen rechterlijke machtiging vereist is.¹¹⁶⁸ In de lagere rechtspraak wordt hierover verschillend geoordeeld,¹¹⁶⁹ zoals blijkt uit het overzicht in tabel 6.5.

¹¹⁶⁵ Vgl. Vzr. Rb. Arnhem 2 februari 2010, *NJF* 2010, 164 (niet meewerken aan bezichtiging en achterstand in betalingen voldoende dringende reden). In deze zin ook: MvT, p. 16.

¹¹⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *JOR* 2008, 81 m.nt. E. Loesberg. Evenzo: Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, *NJF* 2012, 27. Anders: Rb. Middelburg 8 december 2010, *LJN* BP2147.

¹¹⁶⁷ Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 376.

¹¹⁶⁸ Loesberg & Van Ingen 2010.

¹¹⁶⁹ In de praktijk wordt overigens – voor de zekerheid – ook wel een verklaring voor recht gevraagd dat de hypotheekhouder op grond van art. 3:267 BW en de hypotheekakte kan overgaan tot ontruiming. Hoewel de procedure bij de voorzieningenrechter hiertoe niet aangewezen is, wordt de verklaring soms toch verleend, zie Vzr. Rb. 's-Gravenhage 17 juni 2010 zaaknr. 361559 (niet gepubl.); Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 11 maart 2010 zaaknr. 167714 (niet gepubl.). Anders Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 22 juli 2010, zaaknr. 215152 (niet gepubl.). Wel geeft de voorzieningenrechter in zijn oordeel aan dat op grond van de grosse van de hypotheekakte tot ontruiming kan worden overgegaan. Een andere, in de praktijk wel toegepaste methode om zekerheid te verkrijgen is het deurwaarderskortgeding van art. 438 lid 4 Rv. De deurwaarder kan zich, zo volgt uit deze bepaling, bij de voorzieningenrechter vervoegen indien hij bij de uitvoering van de executie stuit op een bezwaar dat onverwijld voorziening nodig maakt. Zie voorts nog Vzr. Rb. Arnhem 2 februari 2010, *NJF* 2010, 164; in deze procedure verwijst de voorzieningenrechter opvallend genoeg naar art. 3:299 BW, in plaats van de zaak af te doen via art. 3:267 BW.

DE EXECUTORIALE VERKOOPPROCEDURE OP MACRONIVEAU

<i>Instantie</i>	<i>Machtiging nodig?</i> ¹¹⁷⁰	<i>Motivering</i>
Vzr. Rb. Alkmaar 13 maart 2008, <i>LJN</i> BC6642	Nee	Verwijzing naar wettekst en parlementaire geschiedenis. ¹¹⁷¹
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 21 april 2008, <i>LJN</i> BC9979	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 9 september 2008, zaaknr. 318496	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. Amsterdam 5 maart 2009, zaaknr. 419999	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2009, zaaknr. 359964	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. Breda 8 mei 2009, zaaknr. 202651		Verzoek tot ontruiming wordt afgewezen 'nu dit buiten het bereik van art. 3:267 BW valt', maar vzr. verleent wel machtiging tot onder zich nemen.
Vzr. Rb. Maastricht 27 augustus 2009, zaaknr. 142722		Vzr. oordeelt dat rechtbank niet bevoegdheid heeft ontruiming te gelasten, maar machtigt vervolgens de hypotheekhouder wel tot in beheer nemen <i>en</i> onder zich houden.
Vzr. Rb. Assen 16 september 2009, zaaknr. 74522	Ja	-
Vzr. Rb. Dordrecht 4 november 2009, zaaknr. 83009	Ja	-
Vzr. Rb. Rotterdam 20 november 2009, zaaknr. 340871		Veroordeling tot ontruiming uitgesproken bij verzoek tot inbeheerneming.
Vzr. Rb. Utrecht 7 januari 2010, zaaknr. 278581		Machtiging wordt afgewezen, want vloeit voort uit de wet. Vervolgens bepaalt vzr. dat de hypotheekgevers binnen drie dagen moeten ontruimen.
Vzr. Rb. Groningen 8 januari 2010, zaaknr. 114551	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. Zutphen 17 februari 2010, zaaknr. 109736		Veroordeling tot ontruiming uitgesproken bij verzoek tot inbeheerneming.
Vzr. Rb. Roermond 10 maart 2010, zaaknr. 99227	Ja	-
Vzr. Rb. Almelo 22 maart 2010, zaaknr. 109521	Ja	-
Vzr. Rb. Breda 19 april 2010, zaaknr. 216660	Ja	-

¹¹⁷⁰ Indien in deze kolom niets is vermeld, dan blijkt uit de uitspraak niet of machtiging nodig is.

¹¹⁷¹ In de parlementaire geschiedenis wordt niet gesproken over al dan niet benodigde toestemming van de voorzieningenrechter bij onder zich nemen.

HOOFDSTUK 6

<i>Instantie</i>	<i>Machtiging nodig?</i> ¹¹⁷²	<i>Motivering</i>
Vzr. Rb. Leeuwarden 10 maart 2010, zaaknr. 101961	Nee	-
Vzr. Rb. Haarlem 31 maart 2010, zaaknr. 167081	Nee	Verwijzing naar wettekst en parlementaire geschiedenis. ¹¹⁷³
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2010, zaaknr. 359818	Nee	Verwijzing naar wettekst.
Vzr. Rb. Arnhem 3 juni 2010, zaaknr. 199967		Geen grondslag voor onder zich nemen en te bepalen dat hypotheekgever woonhuis moet ontruimen op grond van wet. Verzoek dus niet toewijsbaar, maar: '[v]oor gedwongen ontruiming is in beginsel rechterlijke machtiging vereist. Het daartoe strekkende verzoek is niet betwist. Dit subsidiaire verzoek zal als op de wet gegrond worden toegewezen.'
Vzr. Rb. Amsterdam 19 oktober 2010, zaaknr. 470552	Ja	-

Tabel 6.5: Overzicht oordeel voorzieningenrechters omtrent rechterlijke machtiging voor onder zich nemen

In het wetsvoorstel wordt de rechterlijke machtiging toegevoegd aan art. 3:267 lid 2 nieuw-BW. Uit de bijbehorende memorie van toelichting komt naar voren dat hieraan twee redenen ten grondslag liggen:

‘In de kern gaat het hier om een belangenafweging die de hypotheekhouder – en eventueel de rechter – moet maken tussen het gebruiksrecht van de bewoner van de zaak en het belang van zowel de hypotheekgever als de hypotheeknemer om een zo hoog mogelijke opbrengst op de veiling te verwezenlijken. Vanwege deze belangenafweging en de in de rechtspraak spelende onzekerheid, wordt voorgesteld om voortaan een voorafgaande machtiging van de voorzieningenrechter verplicht te stellen. Deze regeling komt de rechtsbescherming van de geëxecuteerde ten goede.’¹¹⁷⁴

Verdedigbaar is echter dat de regeling in het huidige Burgerlijk Wetboek goed past bij de bevoegdheden van de hypotheekhouder in de executoriale fase. De wet geeft de hypotheekhouder immers ook de bevoegdheid om zonder rechterlijke toestemming over te gaan tot executoriale verkoop. Zodra de hypotheekgever in verzuim is met zijn verplichtingen, kan de hypotheekhouder op grond van art. 3:268 BW de executoriale verkoopprocedure starten. De notaris is door de wetgever aangesteld als toezichthouder en coördinator. Zo

¹¹⁷² Indien in deze kolom niets is vermeld, dan blijkt uit de uitspraak niet of machtiging nodig is.

¹¹⁷³ In de parlementaire geschiedenis wordt echter met geen woord gerept over al dan niet benodigde toestemming van de voorzieningenrechter.

¹¹⁷⁴ MvT, p. 16-17.

bezien is ook voor onder zich nemen, nu hiervoor pas plaats is nadat de executoriale fase is ingetreden, geen rechterlijke toestemming nodig.

Wil de hypotheekhouder overgaan tot ontruiming dan dient de procedure van art. 555 e.v. Rv te worden doorlopen, waarbij de grosse van de hypotheekakte – waarin het beding van onder zich nemen is opgenomen – de executoriale titel tot ontruiming vormt. De wettelijke waarborg is gelegen in het vereiste dat het onder zich nemen met het oog op de executie vereist is. De hypotheekgever die meent dat de hypotheekhouder onder de gegeven omstandigheden niet tot onder zich nemen kan overgaan, kan zich voorts met een beroep op art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) of art. 438 Rv tot de rechter wenden.

6.7.3 Beschouwingen ten aanzien van beide bedingen

Ter afsluiting van de bespreking van de bedingen van art. 3:267 BW worden in dit onderdeel nog enkele analyses ten aanzien van beide bedingen weergegeven.

Ten eerste is het van belang vast te stellen op welk moment het beheer en het onder zich nemen door de hypotheekhouder aanvangen. Mijns inziens doet het daadwerkelijk overgaan tot in beheer en/of onder zich nemen van de woning, dan wel het door anderen laten uitvoeren daarvan, de inbeheerneming en het onder zich nemen aanvangen. Op dat moment start de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de hypotheekhouder en, zo kan worden aangenomen, eindigt het beheer en gebruik van de hypotheekgever.¹¹⁷⁵ De enkele verlening van de machtiging door de voorzieningenrechter tot inbeheerneming is dan onvoldoende om het beheer te doen aanvangen. Voor de aanvang van het onder zich nemen zal de betekening van het exploit door de deurwaarder (art. 555 e.v. Rv) als startsein dienen.

Ten aanzien van het einde van het beheer en onder zich nemen door de hypotheekhouder geldt dat zij in ieder geval eindigen bij de overdracht na de executoriale verkoop en bij het eindigen van het hypotheekrecht door een andere oorzaak.¹¹⁷⁶ Beheer en onder zich nemen zijn zodanig verbonden met het recht van de hypotheekhouder dat zij mijns inziens bij het eindigen van het hypotheekrecht eveneens een einde nemen.

Bij beheer, dat ook buiten de executoriale verkoopprocedure kan worden ingeroepen, is echter niet uitgesloten is dat (een van) beide partijen, hypotheekhouder of hypotheekgever, het beheer eerder wenst te beëindigen. In de wettelijke regeling noch de parlementaire geschiedenis is hieromtrent iets

¹¹⁷⁵ Beheer en onder zich nemen hebben mijns inziens privatieve werking. Vgl.: Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 7.1. Vgl. tevens: Conclusie AG Langemeijer bij Hoge Raad 26 april 2002, *NJ* 2005, 180 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./De Liagre Böhl q.q.), onder 4.9.

¹¹⁷⁶ Barkey Wolf 2009, p. 125; Loesberg & Van Ingen 2010.

geregeld. Op grond van de literatuur en rechtspraak neem ik aan dat de hypotheekgever de mogelijkheid heeft de voorzieningenrechter te vragen om opheffing van het beheer.¹¹⁷⁷ Barkey Wolf stelt nog dat de hypotheekhouder het beheer ook kan beëindigen door opzegging,¹¹⁷⁸ maar dit lijkt, gezien de mogelijk ingrijpende gevolgen daarvan voor de hypotheekgever, niet de aangewezen weg. Wel is het naar mijn mening mogelijk dat hypotheekhouder en hypotheekgever in gezamenlijk overleg komen tot een teruggave van het beheer aan de hypotheekgever. Het beheer wordt dan bij overeenkomst de inbeheerneming beëindigd. Loesberg & Van Ingen geven nog aan dat de voorzieningenrechter ook de mogelijkheid heeft aan de machtiging tot inbeheerneming een termijn te verbinden.¹¹⁷⁹

6.7.3.1 Derdenwerking

Een andere belangrijke vraag betreft die naar de werking van art. 3:267 BW tegen de hypotheekgever en derden. Allereerst de werking ten opzichte van de hypotheekgever. Voor de uitvoering van de inbeheerneming en het onder zich nemen, zal de hypotheekhouder de woning van de hypotheekgever willen betreden. Dat doet de vraag opkomen of de hypotheekhouder hiertoe zonder meer gerechtigd is. Bij deze vraag is art. 12 Grondwet van belang.¹¹⁸⁰ Op grond van deze bepaling is het binnentreden van een *woning* alleen toegestaan met toestemming van de bewoner of op grond van een wettelijke regeling. In de praktijk wordt wel de vraag gesteld of inbeheerneming zonder toestemming van de bewoner, in strijd komt met art. 12 Grondwet. In mijn ogen niet. Het beheerbeding is opgenomen in de hypotheekakte, die is ondertekend door hypotheekhouder en hypotheekgever. Als de hypotheekhouder wil overgaan tot inroeping van dit beding, kan hij de hypotheekgever houden aan zijn in de hypotheekakte gegeven toestemming. Dat de hypotheekakte wellicht jaren geleden is ondertekend, doet hieraan niet af.

Wat geldt als in de woning ook anderen dan de hypotheekgever woonachtig zijn en de hypotheekhouder de bedingen ook jegens hen wenst in te roepen? In een tweetal arresten is aan de orde gekomen of de hypotheekhouder gebruik kon maken van het beding van onder zich nemen dan wel het beheerbeding

¹¹⁷⁷ Barkey Wolf 2009, p. 125; Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 8. Zie over wijziging of beëindiging van de beschikking ook: Hof Amsterdam 21 april 1994, *KG* 1994, 380 (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./Rebnor 3), r.o. 4.9.

¹¹⁷⁸ Barkey Wolf 2009, p. 125.

¹¹⁷⁹ Loesberg & Van Ingen 2010.

¹¹⁸⁰ 'Het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.' Deze bepaling ziet alleen op *woningen*. Bij inbeheerneming van andere panden dan woningen (bedrijfspanen) speelt de vraag naar huisvredebreuk derhalve niet.

tegenover andere bewoners. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2007 ten aanzien van het beding van onder zich nemen:

‘Het ontruimingsbeding bindt, zoals hiervoor werd overwogen, slechts de hypotheekgever en diens rechtsopvolgers en werkt niet tegen derden/huurlers.’¹¹⁸¹

Het Hof Leeuwarden komt in 2011 tot een andere conclusie.¹¹⁸² Voor een goed begrip is het van belang de casus bij deze uitspraak te bespreken.

De casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt is als volgt. Op 11 november 2004 verstrekt ABN Amro een lening van €750.000,- aan X. X verleent daarvoor een recht van eerste hypotheek op zijn woonboerderij. De hypotheekakte bevat een huurbeding, beheerbeding en beding van onder zich nemen. Als X in verzuim raakt met zijn hypothecaire verplichtingen, wordt door ABN de executoriale verkoop opgestart. Op dat moment is sprake van bewoning door de volgende personen:

- A, die zonder recht of titel in de woning woont, althans op dat adres blijkens de gba is ingeschreven van 22 januari 2008 tot 18 februari 2009. Daarnaast huurt A samen met een ander een woning in een andere gemeente en bewoont hij een kamer in Duitsland;
- B, die een huurovereenkomst is aangegaan met A en de woning feitelijk bewoont, althans op dat adres blijkens de gba staat ingeschreven van 17 december 2010 tot 14 juli 2011. B stelt ook thans weer op dit adres te staan ingeschreven;
- C, die eveneens een huurovereenkomst is aangegaan met A.

In deze procedure vordert ABN Amro ontruiming door A en B.¹¹⁸³ B beroept zich in deze procedure op tussen A en hem gesloten huurovereenkomst. Nu B echter niet heeft onderbouwd op welke grond hij erop mocht vertrouwen dat A bevoegd was tot het aangaan van een huurovereenkomst en evenmin is gebleken dat B weer op het adres staat ingeschreven, neemt het hof aan dat B eveneens zonder recht of titel in de woning verblijft. Vervolgens oordeelt het hof:

‘Het enkele feit dat ABN AMRO ervan heeft afgezien een verzoekschrift tot ontruiming tegen appellant 2 [B] in te dienen – wat er overigens zij van de gronden daartoe – zoals zij dat wel tegen betrokkene 2 heeft gedaan, heeft niet tot gevolg dat een vordering van ABN AMRO tot ontruiming van de onroerende zaak door appellant 2 niet kan worden toegewezen.’

Het is de vraag of het hof hier juist oordeelt en of de hypotheekhouder de vordering tot ontruiming niet ook had moeten invoeren tegen de aan de hypotheekhouder bekende gebruikers. Wellicht doelt het hof hier op de mogelijkheid het beding van onder zich nemen (en daarmee de ontruiming) in te roepen tegen de onbekende gebruikers in het algemeen en wordt ook B

¹¹⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *JOR* 2008, 81 m.nt. E. Loesberg.

¹¹⁸² Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, *NJF* 2012, 27.

¹¹⁸³ Ten aanzien van C is door de voorzieningenrechter eerder al verlot verleend tot het invoeren van het huurbeding en tot ontruiming.

hieronder geschaard. Naar mijn mening had dat de vordering *wel* tegen B moeten worden ingeroepen, nu hij een aan de hypotheekhouder bekende gebruiker is. Dat neemt niet weg dat de vordering ook kan worden toegewezen tegen de onbekende gebruikers van de woning.

Vervolgens overweegt het hof ten aanzien van de vordering tot ontruiming in het algemeen. Het hof oordeelt ten aanzien van het beding van onder zich nemen, waar wordt beslist dat voor het inroepen van het beding geen machtiging van de voorzieningenrechter nodig is. Daarmee zou de zaak afgedaan kunnen zijn, maar het hof overweegt verder. Na verwijzing naar het eveneens opgenomen beheerbeding wordt overwogen:

‘De vraag rijst dus of het instellen van een vordering door ABN AMRO tot ontruiming van de onroerende zaak door appellanten valt onder het aan ABN AMRO opgedragen beheer. Het hof is van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Daartoe wordt overwogen dat appellanten zonder recht of titel in de onroerende zaak verblijven. Door dit verblijf wordt het ABN AMRO onmogelijk gemaakt de onroerende zaak niet alleen te onderhouden, maar – indien nodig – ook op te knappen en voor de verkoop gereed te maken. ABN AMRO heeft ter gelegenheid van het pleidooi gesteld dat aan het pand noodzakelijk onderhoud moet worden uitgevoerd. Zo zouden er ramen hersteld moeten worden en zou schilderwerk moeten worden uitgevoerd alsmede een grondige schoonmaakbeurt. [...] Van de juistheid van deze stelling van appellanten kan dus niet worden uitgegaan en daarmee is voldoende komen vast te staan dat ABN AMRO belang heeft bij een ontruiming van de onroerende zaak om dit naar behoren – al dan niet in het kader van een verkoop – te kunnen onderhouden.’

Uiteindelijk wordt de vordering tot ontruiming door het hof toegewezen. Het is opmerkelijk dat het hof de ontruiming onder *beheer* schaaft. De daaropvolgende overwegingen zien op de noodzaak van het inroepen van het beding van onder zich nemen, om ontruiming te bewerkstelligen ten behoeve van de inbeheerneming. Dat voor het inroepen van het beding van onder zich nemen geen verlof nodig is, heeft het hof reeds daarvóór overwogen. Met deze overweging had het hof naar mijn mening kunnen volstaan.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het inroepen van de bedingen van art. 3:267 BW tegen gebruikers zonder recht of titel mogelijk wordt geacht. Een expliciete overweging hiertoe ontbreekt echter. Wel wordt door het hof nog ‘volledigheidshalve’ overwogen of de vordering tot ontruiming ook op grond van onrechtmatige daad kan worden toegewezen, nu A en B betwistten dat aan de vereisten voor een beroep op onrechtmatige daad was voldaan. Het hof overweegt:

‘Het hof overweegt volledigheidshalve nog dat appellanten in elk geval onrechtmatig jegens ABN AMRO handelen door de onroerende zaak niet te verlaten en ter vrije

beschikking van ABN AMRO te stellen. Als niet betwist staat vast dat ABN AMRO, nu betrokkene in verzuim is met de nakoming van zijn verplichtingen jegens haar, gerechtigd is tot de verkoop van de onroerende zaak. Als niet betwist staat tevens vast dat de aanwezigheid van appellanten in de onroerende zaak bij een veiling daarvan een aanmerkelijk lagere opbrengst tot gevolg heeft. Zowel ABN AMRO als betrokkene hebben belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst. Het is gelet op de vaststaande feiten redelijkerwijs immers niet te verwachten dat ABN AMRO een restschuld op betrokkene kan verhalen en betrokkene is erbij gebaat dat een restschuld zo veel mogelijk wordt beperkt. Nu appellanten zonder recht of titel in de onroerende zaak verblijven en over woonruimte elders beschikken, handelen zij dan ook in strijd met de rechten en belangen van betrokkene en ABN AMRO. De vordering van ABN AMRO kan derhalve ook op de grondslag van onrechtmatige daad worden toegewezen.'

In 2009 is door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem ook geoordeeld dat een vordering tot ontruiming van gebruikers zonder recht of titel door de hypotheekhouder zou kunnen worden toegewezen indien sprake is van een onrechtmatige daad.¹¹⁸⁴ Een verblijf in een verhypothekerde zaak is in beginsel niet onrechtmatig, maar zou dat wel kunnen zijn indien de hypotheekhouder door het verblijf schade lijdt:

'Naar het oordeel van de voorzieningenrechter lijdt ING schade indien aannemelijk is dat gedaagden schade veroorzaken aan de onroerende zaak door deze uit te wonen of de onroerende zaak bij executoriale verkoop minder opbrengt door het feit dat gedaagden daarin verblijven.'

Met een beroep op een van deze grondslagen zou dus – naast de mogelijkheid ontruiming te vorderen op grond van art. 3:267 BW – een kort geding tot ontruiming kunnen worden gestart om zo de gebruikers tot ontruiming te kunnen dwingen, zoals ook het Hof Leeuwarden duidelijk heeft geoordeeld.

De vraag naar derdenwerking van de bedingen van art. 3:267 BW moet in mijn ogen worden beantwoord vanuit het karakter van het hypotheekrecht. De hypotheekakte is ingeschreven in de openbare registers en werkt tegen een ieder. Daarom kunnen het in de hypotheekakte opgenomen beheerbeding en het beding van onder zich nemen in beginsel ook tegen andere bewoners dan de eigenaar/hypotheekgever worden ingeroepen. In beginsel, want voor de huurder geldt de ten opzichte van deze bepaling *lex specialis*, art. 3:264 BW.

In het wetsvoorstel is duidelijk vermeld tegen wie de bedingen kunnen worden ingeroepen. Op grond van art. 3:267 lid 4 nieuw-BW kunnen de bevoegdheden op grond van de bedingen tegen eenieder die zich in de zaak bevindt worden ingeroepen, met uitzondering van de huurder bedoeld in artikel 264 leden 5 en 8. De reden voor deze uitdrukkelijke vermelding blijkt uit de memorie van

¹¹⁸⁴ V.zr. Rb. Haarlem 12 mei 2009, *LJN* BI7758.

toelichting: de verschillende oordelen in rechtspraak ten aanzien van de vraag tegen wie de bedingen kunnen worden ingeroepen.¹¹⁸⁵ In mijn ogen vloeit deze derdenwerking ook al voort uit het hypotheekrecht en is de toevoeging in art. 3:267 BW weliswaar bruikbaar, maar niet noodzakelijk.

6.7.3.2 Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid

De verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de hypotheekhouder bij inbeheerneming en het onder zich nemen zijn eveneens van belang. De geringe rechtspraak op dit gebied is in elk geval op één punt duidelijk: de hypotheekhouder dient over het door hem gevoerde beheer rekening en verantwoording in de zin van art. 771 e.v. Rv af te leggen aan de hypotheekgever.¹¹⁸⁶

Wat de verdeling van kosten en opbrengsten betreft, geldt dat de hypotheekhouder de door hem gemaakte kosten kan verrekenen met de inkomsten.¹¹⁸⁷ Zijn er echter geen of onvoldoende inkomsten dan is de hypotheekgever aansprakelijk voor de (redelijkerwijs gemaakte) kosten.¹¹⁸⁸ Als de hypotheekgever echter onvoldoende verhaal biedt dan kan een oplossing worden gevonden in art. 3:284 lid 1 BW, voor zover het uiteraard kosten van behoud betreft. Een andere mogelijkheid is het verhaal van de kosten bij executoriale verkoop.¹¹⁸⁹ Ten aanzien van mogelijke opbrengsten geldt dat deze (na aftrek van kosten) ten goede komen aan de hypotheekgever.¹¹⁹⁰

Voor de verdere invulling van de verantwoordelijkheid van de hypotheekhouder bij inbeheerneming, wijs ik hier in navolging van advocaat-generaal Lange-meijer bij het arrest Deutsche Hypothekenbank AG a.s./De Liagre Böhl q.q. op

¹¹⁸⁵ MvT, p. 16 en 17-18.

¹¹⁸⁶ Hof Amsterdam 21 april 1994, *KG* 1994, 380 (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./Rebnor 3), r.o. 4.9. Hierover ook: Loesberg & Van Ingen 2010. Dat geldt mijns inziens ook voor het onder zich nemen. De in art. 771 e.v. Rv opgenomen rekenplicht ziet op onbekende of afwezige belanghebbenden aan wie rekening en verantwoording verschuldigd is. Bedoeld zal zijn dat de in die bepalingen opgenomen procedure zal moeten worden gevolgd door de hypotheekhouder bij rekening en verantwoording.

¹¹⁸⁷ Gerver 2001, p. 79.

¹¹⁸⁸ Evenzo: Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 10; Gerver 2001, p. 79. Loesberg & Van Ingen 2010 stellen dat dit alleen mogelijk is met rechterlijke machtiging, tenzij hypotheekhouder en hypotheekgever hiertoe een overeenkomst hebben gesloten, maar geven ook aan dat de hypotheekhouder handelt 'voor rekening van de hypotheekgever'.

¹¹⁸⁹ Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 10. Stein merkt op dat in de hypotheekakte gebruikelijk is opgenomen dat de door de hypotheekhouder gemaakte kosten door de hypotheek worden gedekt. Zie ook Gerver 2001, p. 79-80.

¹¹⁹⁰ Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 11.

een analoge toepassing van de bepalingen bij vruchtgebruik.¹¹⁹¹ Met name art. 3:207 lid 3 BW is hier van belang, waarin de zorg van een ‘goed vruchtgebruiker’ is opgenomen. Toepassing op inbeheerneming ex art. 3:267 BW leidt ertoe dat de hypotheekhouder zich als een goed beheerder moet gedragen. Dat houdt mijns inziens in dat noodzakelijk onderhoud door de hypotheekhouder moet worden gepleegd en dat verval van het goed moet worden voorkomen. Tot meer lijkt de hypotheekhouder niet gehouden. Dat geldt ook bij het onder zich nemen.

Ten slotte de vraag naar de *aansprakelijkheid* van de hypotheekhouder. Daarbij speelt met name of het risico overgaat op de hypotheekhouder of niet. Het belang van een antwoord komt onder meer naar voren in een publicatie in *Notariaat Magazine* over het bereiken van hogere opbrengsten bij de executoriale verkoop:

‘Hoewel Snel ook graag voortvarend handelt, heeft zij begrip voor de onzekerheid van banken. “Als de bank de woning in beheer neemt, is de bank aansprakelijk. Verzekeringstechnisch brengt dat risico’s met zich mee, iets waar banken vandaag de dag echt niet op zitten te wachten. Stel dat het pand gekraakt wordt.”’¹¹⁹²

In de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel Executieveilingen was nog stellig opgenomen:

‘Alleen in het geval dat de hypotheekhouder de onroerende zaak in beheer heeft genomen, draagt de hypotheekhouder thans het risico tot het moment van gunning.’¹¹⁹³

Het is de vraag of dit juist is. De hypotheekhouder is aansprakelijk voor het door hem gevoerde beheer en de door hem tot de woning toegelaten personen.¹¹⁹⁴ Hij heeft tevens een zekere verantwoordelijkheid ten aanzien van het goed. Een *risico-overgang* op het moment van inbeheerneming gaat echter te ver. De eigenaar van het goed blijft het risico met betrekking tot het beheerde dragen, totdat het bij executoriale verkoop is gegund aan de veilingkoper.¹¹⁹⁵ Wel zal de hypotheekhouder zorgvuldig moeten afwegen of hij ten aanzien van de woning een verzekering moet afsluiten.¹¹⁹⁶

¹¹⁹¹ Conclusie AG Langemeijer bij Hoge Raad 26 april 2002, *NJ* 2005, 180 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Deutsche Hypothekenbank AG c.s./De Liagre Böhl q.q.).

¹¹⁹² W. Van Hoeflaken, ‘Met meer transparantie: Hogere opbrengsten executieveilingen’, *Notariaat Magazine* juni 2009.

¹¹⁹³ Concept-MvT, p. 4.

¹¹⁹⁴ Zie ook: Loesberg & Van Ingen 2010; Stein, *GS Vermogensrecht* 2011, art. 3:267 BW, aant. 9.

¹¹⁹⁵ Zie echter onderdeel 6.3.3.2 en 6.3.3.3.

¹¹⁹⁶ Barkey Wolf 2009, p. 124.

HOOFDSTUK 6

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is ten aanzien van de gevolgen van het inroepen van de bedingen van art. 3:267 BW in dit opzicht alleen opgenomen:

‘Het gevolg van het succesvol inroepen van het beding tot onder zich nemen, is dat de hypotheeknemer houder wordt van de zaak.’¹¹⁹⁷

Deze constatering lijkt mij juist. Het is echter wenselijk dat de wetgever verduidelijkt welke gevolgen er aan het inroepen van de beide bedingen verbonden zijn, zodat dit aan het inroepen van de bedingen niet langer in de weg staat.

¹¹⁹⁷ MvT, p. 17.

7. Resultaten uit rechtsvergelijkend onderzoek

7.1 Inleiding

Bij de analyse van de executoriale verkoopprocedure in Nederland en de mogelijkheden een hogere netto-opbrengst bij deze verkoop te behalen, is het ook interessant de executoriale verkoopprocedure te onderwerpen aan een rechtsvergelijkend onderzoek. In dit hoofdstuk wordt de Nederlandse executoriale verkoopprocedure vergeleken met de procedures in andere lidstaten van de Europese Unie op effectiviteit, efficiëntie en netto-opbrengst. Deze vergelijking omvat de resultaten van een rechtsvergelijkend onderzoek naar de procedures van executoriale verkoop in een zevental EU-lidstaten (België, Bulgarije, Duitsland, Hongarije, Italië, Roemenië en Spanje), uitgevoerd in de eerste helft van 2010.¹¹⁹⁸

Het doel van de rechtsvergelijking is inspiratie op te doen voor veranderingen in de Nederlandse executoriale verkoopprocedure.

7.2 Eerder rechtsvergelijkend onderzoek

Dit rechtsvergelijkende onderzoek is niet het eerste onderzoek dat de executoriale verkoopprocedures in de EU-lidstaten analyseert. In een aantal rechtsvergelijkende onderzoeken komt de executoriale verkoopprocedure ook aan bod, maar dan als onderdeel van breder rechtsvergelijkend onderzoek. Deze onderzoeken vormen dan ook de basis voor het onderhavige rechtsvergelijkende onderzoek. Om deze reden worden deze onderzoeken en de uitkomsten ervan hierna kort besproken.

7.2.1 *Real Property Law and Procedure in the European Union (2005)*

In 2005 publiceerden het *European University Institute (EUI)/European Private Law Forum* te Florence en het *Deutsches Notarinstitut (DNotI)* te Würzburg de resultaten van hun onderzoek naar het registergoederenrecht (*land law*) in zeventien EU-lidstaten.¹¹⁹⁹ Uit dit omvangrijke onderzoek komt ook een aantal voor de executoriale verkoop interessante conclusies naar voren.

¹¹⁹⁸ Dit hoofdstuk is een aangepaste en geactualiseerde versie van mijn artikel I. Visser, 'De executoriale verkoop van registergoederen: resultaten uit rechtsvergelijkend onderzoek', *WPNR* (6882) 2011, p. 331-340. Ten tijde van het verschijnen van dat artikel was alleen de inhoud van het concept-wetsvoorstel nog bekend en werd naar dat voorstel verwezen. Hierna wordt echter verwezen naar het op 22 november 2012 bij de Tweede Kamer aangeboden wetsvoorstel.

¹¹⁹⁹ Rapport EUI 2005. Het rapport omvat de questionnaires onder de EU-lidstaten, een speciaal rapport over de *Eurohypothec*, een special rapport over Europees contractenrecht en een *General Report*. Hier wordt vooral uitgegaan van het *General Report* dat gemakshalve wordt aangeduid als Rapport EUI 2005.

Allereerst volgt uit het onderzoek dat, evenals in Nederland,¹²⁰⁰ in de meeste onderzochte landen geen executoriale titel van de rechter nodig is om tot executoriale verkoop over te kunnen gaan.¹²⁰¹ In de meeste landen met het Latijnse notariaat¹²⁰² komt aan de hypotheekakte op grond van de wet executoriale kracht toe. In landen waarin in dit niet het geval is, zoals Duitsland, wordt een kostbare rechterlijke procedure vermeden doordat de hypotheekgever in de notariële hypotheekakte toestemming geeft voor ‘parate executie’.¹²⁰³ Op basis van het rapport kan dan ook geconcludeerd worden dat in de meeste EU-lidstaten de kostbare en langdurige rechterlijke procedure ofwel bij wet ofwel op grond van de hypotheekakte wordt vermeden. Bij de bespreking van de redenen voor recente wetwijzigingen in onderdeel 7.4.4 komt dit ook nog ter sprake.

Ten tweede blijkt uit het rapport dat de meeste landen eveneens een verbod kennen op de *lex commissoria*. Hierdoor is het de hypotheekhouder verboden een beding op te nemen in de hypotheekakte dat hem toestaat om zich het goed bij verzuim toe te eigenen.¹²⁰⁴ De hypotheekhouder moet zijn vordering dan op andere wijze verhalen, hetgeen veelal zal geschieden door verkoop van het verbonden goed. Dat volgt ook uit het rapport, waarin staat dat het verhaal gewoonlijk plaatsvindt door middel van een openbare veiling (*public auction*).¹²⁰⁵ Dit maakt het onderling vergelijken van de procedures op basis van lengte, kosten en opbrengsten, zoals hierna geschiedt, eenvoudiger.

Een laatste belangrijke conclusie uit het rapport ziet op de *lengte* van de executieprocedure.¹²⁰⁶ Omdat in het rapport verwezen wordt naar de resultaten van het onderzoek van de hierna onder 7.2.2 te behandelen onderzoeken, komt deze conclusie hierna ter sprake.

¹²⁰⁰ In Nederland kan de hypotheekhouder zelfs zonder executoriale titel en zonder inleidend beslag overgaan tot executoriale verkoop, zie onderdeel 6.2.

¹²⁰¹ Rapport EUI 2005, p. 93-94. Zie hierover ook het onder 7.2.3 te bespreken Rapport Vdp 2010, p. 61-62.

¹²⁰² Zie voor deze term Melis/Waaijer 2012, p. 1. Zie ook *Conveyancing Services Market* (COMP 2006/D3/003) 2007, p. 3-4, waar overigens nog onderscheid wordt gemaakt tussen het ‘*traditional, highly regulated Latin notary system*’ en het ‘*deregulated Dutch notary system*’.

¹²⁰³ Rapport EUI, p. 94; *National Report Germany* (behorend bij Rapport EUI 2005), p. 40. De term ‘parate executie’ wordt hier gebruikt om aan te geven dat de hypotheekhouder op grond van het beding in de hypotheekakte in geval van verzuim direct tot executoriale verkoop kan overgaan.

¹²⁰⁴ Rapport EUI 2005, p. 93. Zie ook: Rapport Vdp 2010, p. 75 (incl. rechtsvergelijking met de Verenigde Staten). Nederland kent dit verbod ook (art. 3:235 BW). Zie onderdeel 6.4.

¹²⁰⁵ Rapport EUI 2005, p. 93-94. Het Rapport EUI 2005 lijkt overigens onder *public auction* te verstaan een verkoop via de rechtbank. Dat dit echter niet zo behoeft te zijn bewijst de Nederlandse procedure, zie art. 3:268 lid 1 BW jo. 546 jo. 519 Rv.

¹²⁰⁶ Rapport EUI 2005, p. 94.

7.2.2 *Studies Mortgage Funding Expert Group (2006) en European Mortgage Federation (2007)*

In het kader van het project *Integration of EU mortgage markets* publiceerden de *Mortgage Funding Expert Group* (MFEG) en de *European Mortgage Federation* (EMF) in 2006 respectievelijk 2007 onderzoeken naar de hindernissen om te komen tot integratie van de Europese hypotheekmarkten.¹²⁰⁷ Deze onderzoeken zijn een uitvloeisel van eerder onderzoek door de *Forum Group on Mortgage Credit*, die in 2004 een aantal hindernissen voor de integratie van Europese hypotheekmarkten aanwees.¹²⁰⁸ Een van deze hindernissen had betrekking op de uiteenlopende procedures van executoriale verkoop in de EU-lidstaten. Geadviseerd werd nader onderzoek te doen naar de lengte en kosten van de verschillende procedures. In de rapporten van de MFEG en EMF zijn onder meer de resultaten van dat onderzoek neergelegd.¹²⁰⁹

Uit de rapporten blijkt onder meer van de *lengte* van de executoriale verkoopprocedure in de EU-lidstaten. Opvallend is de lengte van de procedure in Italië (5 tot 7 jaar), Portugal (18 tot 30 maanden), België (18 maanden) en Frankrijk (15 tot 25 maanden) op. In andere landen, waaronder Nederland, is de procedure aanzienlijk korter, namelijk maximaal zes maanden.¹²¹⁰ Voorts blijkt uit het rapport van de *kosten* van de executoriale verkoopprocedure. Op dit punt zijn de hoge kosten in België (€18.700,- bij executie voor een lening van €100.000,-) opvallend, met name ten opzichte van de lage kosten in Hongarije (€1.000,- bij executie van een lening van €100.000,-).¹²¹¹

Verklaringen voor de verschillen in lengte en kosten van de procedures ontbreken in beide rapporten. Dat maakt het lastig aan deze resultaten conclusies te verbinden. In onderdeel 7.5 zal ook worden gesproken over de lengte en kosten van de executoriale verkoopprocedures, op basis van de actuelere gegevens afkomstig uit het onderhavige rechtsvergelijkende onderzoek. Daaruit

¹²⁰⁷ Rapport MFEG 2006; Rapport EMF 2007. Beide rapporten bevatten, wat betreft de executoriale verkoop althans, dezelfde uitkomsten. Daarom worden zij hier samen besproken. Zie voor het project *Integration of EU mortgage markets*: ec.europa.eu.

¹²⁰⁸ Rapport FGMC 2004, p. 26-27.

¹²⁰⁹ Beide rapporten bevatten ook een globaal overzicht van de procedures van executoriale verkoop in zestien EU-lidstaten, zie Rapport MFEG 2006, p. 21-22; Rapport EMF 2007, p. 6 en p. 13-18.

¹²¹⁰ Rapport MFEG 2006, p. 22; Rapport EMF 2007, p. 17. Andere landen met een 'snelle' executoriale verkoopprocedure (korter of gelijk aan 6 maanden) zijn: Denemarken (6 maanden), Griekenland (3 maanden), Hongarije (6 maanden), Oostenrijk (6 maanden), Finland (2-3 maanden) en Zweden (4 tot 6 maanden).

¹²¹¹ Rapport MFEG 2006, p. 22; Rapport EMF 2007, p. 17-18. Nederland vormt in dit opzicht een middencategorie met kosten van €3.000,- tot €5.000,- voor een lening van €100.000,-.

worden voor de Nederlandse executoriale verkoopprocedure wel enige voorzichtige conclusies getrokken.

7.2.3 Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe (2010)

Een laatste onderzoek dat hier niet onvermeld mag blijven is het rechtsvergelijkende onderzoek van het *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (Vdp) uit 2010.¹²¹² Dit onderzoek heeft betrekking op het zekerhedenrecht in vierentwintig landen, ook buiten de Europese Unie. Daarbij worden tevens de executoriale verkoopprocedures in deze landen geanalyseerd. De resultaten van dat onderzoek vormen een waardevolle, theoretische aanvulling op het in dit artikel te bespreken onderzoek. Om die reden wordt het Rapport Vdp 2010 niet in dit onderdeel besproken, maar komt het in de loop van dit hoofdstuk aan de orde, met name in de voetnoten.

7.3 Methodologische verantwoording

Het onderhavige onderzoek neemt de hiervoor besproken onderzoeken als basis, maar neemt op een aantal punten een andere insteek. Zo geven de hiervoor besproken onderzoeken een globaal overzicht van de verschillende procedures, alsmede een overzicht van de lengte en kosten daarvan. Het onderhavige rechtsvergelijkende onderzoek ‘zoomt’, evenals het Rapport Vdp 2010, meer in op de *details* van de executoriale verkoopprocedure. De huidige Nederlandse procedure en de in het (concept-)wetsvoorstel Executieveilingen voorziene wijzigingen daarin vormen daarbij het uitgangspunt.¹²¹³ Het onderzoek heeft derhalve een sterk nationale component.¹²¹⁴ Voorts is, anders dan in de al besproken onderzoeken, gevraagd naar recente wetswijzigingen. De reden daarvoor is inspiratie worden opgedaan voor de Nederlandse executoriale verkoopprocedure. Een voorbeeld daarvan is het onder 7.4.2.1 te bespreken Hongaarse internetveilsysteem. Ten slotte biedt dit onderzoek een actueel overzicht van de lengte, kosten en opbrengsten van de verschillende procedures van executoriale verkoop.

¹²¹² Rapport Vdp 2010.

¹²¹³ Ten tijde van het opzetten en uitvoeren van het onderzoek was alleen de inhoud van het concept-wetsvoorstel bekend. Daarom zijn de wijzigingen die het concept-wetsvoorstel aanbrengt in de procedure van executoriale verkoop als uitgangspunt genomen voor het onderzoek. Omdat de wijzigingen in het concept-wetsvoorstel over het algemeen overeenstemmen met de wijzigingen van het wetsvoorstel, wordt in dit hoofdstuk gerefereerd aan het wetsvoorstel.

¹²¹⁴ Zo zijn bijvoorbeeld specifieke Nederlandse thema's, die ook in het wetsvoorstel en de daarbij behorende MvT worden behandeld, bij de executoriale verkoop aan een rechtsvergelijkend onderzoek onderworpen, zoals het huurbeding en internetveilen. Zie hierna onder 7.4.

7.3.1 Uitvoering

Dit onderzoek is uitgevoerd door middel van questionnaires die zijn verzonden via de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en de *Conseil des Notariats de l'Union Européenne* (CNUE), zoals vermeld in onderdeel 1.5. De questionnaire is ingevuld door zeven respondenten, afkomstig uit België, Bulgarije, Duitsland, Hongarije, Italië, Roemenië en Spanje. Bij de bespreking van de resultaten hieronder wordt ook Nederland meegenomen.¹²¹⁵

<i>Land</i>	<i>Beroep</i>	<i>Ervaring met executoriale verkoop</i>
België	- (Kandidaat-)notaris - Onderzoeker, universiteit Antwerpen/ universiteit Leuven	Literatuur Jurisprudentie Organisatie executoriale verkoop
Bulgarije	(Kandidaat-)notaris	Literatuur Jurisprudentie
Duitsland	Advocaat	Literatuur Jurisprudentie Aanwezigheid executoriale verkoop Cursussen/symposia
Hongarije	(Kandidaat-)notaris	Literatuur
Italië	- Notaris - <i>Consiglio Nazionale del Notariato</i>	Literatuur Organisatie executoriale verkoop
Roemenië	Notaris	Literatuur Jurisprudentie <i>Belehrung</i> bij hypotheek
Spanje	(Kandidaat-)notaris	Literatuur Jurisprudentie Aanwezigheid executoriale verkoop

Tabel 7.1: Overzicht respondenten

7.3.2 Nadere verantwoording ten aanzien van conclusies

Hier verdient nog opmerking dat dit onderzoek verkennend van aard is. Bij het trekken van conclusies moet derhalve de nodige voorzichtigheid worden betracht. De regelingen betreffende de executoriale verkoopprocedure zijn sterk ingebed in de rechtshistorie en rechtscultuur van de verschillende landen. Ook de meer algemene goederenrechtelijke en procesrechtelijke regelingen in die landen zijn van invloed op de wetgeving betreffende executoriale verkoop, evenals de economische, maatschappelijke en politieke situatie.

Een goed voorbeeld hiervan is, wat de Nederlandse wetgeving betreft, de positie van de huurder bij executoriale verkoop. De huurder heeft, zoals bleek in onderdeel 6.6, in de Nederlandse wetgeving een sterke positie. Dat geldt ook voor zijn positie in geval van executoriale verkoop. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 3:264 BW, zoals besproken in onderdeel 6.6.1, kan worden afgeleid dat de afwegingen bij deze wetsbepaling sterk politiek en economisch van aard zijn geweest.

¹²¹⁵ De voor Nederland te bespreken resultaten zijn afkomstig uit andere onderzoeken, dan wel – indien hierover geen onderzoeken voorhanden waren – eigen schatting.

Niettemin worden uit het rechtsvergelijkende onderzoek wel enige voorzichtige conclusies ten behoeve van de Nederlandse executoriale verkoopprocedure getrokken, waar dit nodig en nuttig is. Voorts komen enige punten ter sprake, waarop nader rechtsvergelijkend onderzoek voor de Nederlandse regeling interessant en in mijn ogen ook gewenst is.

7.4 Resultaten uit de questionnaires

In dit onderdeel komen de trends die uit de questionnaires kunnen worden afgeleid ter sprake, waarbij nadrukkelijk ook de huidige Nederlandse wetgeving en veilingpraktijk aan de orde komt. Tevens wordt stilgestaan bij een aantal in het wetsvoorstel Executieveilingen voorziene wijzigingen. Bovendien wordt aangegeven op welke punten nader rechtsvergelijkend onderzoek gewenst is. Aan het einde van iedere bespreking zijn de resultaten in een tabel weergegeven.

7.4.1 Toename aantal executieveilingen

In onderdeel 3.3.1.1 is besproken dat het aantal openbare executoriale verkopen in Nederland de afgelopen jaren sterk is toegenomen. Deze trend is ook in de meeste andere ondervraagde landen zichtbaar, zowel gemeten over de jaren 2000-2009, als gemeten over 2008-2009. Uitzondering op deze ontwikkeling vormt België, waar het aantal veilingen gemeten over tien jaren, alsook over de laatste twee jaar ongeveer gelijk blijft. De respondent van Bulgarije geeft aan dat het aantal veilingen, gemeten over tien jaar, weliswaar ongeveer gelijk blijft, maar dat de laatste twee jaren sprake is van een stijging. De respondent van Duitsland meldt een precies omgekeerde ontwikkeling. Naar de oorzaken voor de stijging van het aantal executoriale verkopen is in de questionnaire niet gevraagd. Wat de Nederlandse situatie betreft, geeft de Stichting WEW in oktober 2010 aan dat het stijgend aantal gedwongen *verkopen met verlies* het gevolg is van het niet langer stijgen van de waarde van woningen in de afgelopen jaren.¹²¹⁶ Dat is echter alleen een verklaring voor de toename van het aantal verkopen met verlies. Bovendien ziet de conclusie van de Stichting WEW op alle gedwongen verkopen met verlies, en niet alleen *executoriale* verkopen. De economische crisis zou een verklaring kunnen vormen voor de algemene stijging in het aantal gedwongen verkopen in de afgelopen twee jaren. Statistische gegevens hierover ontbreken echter, zodat met deze conclusie de nodige voorzichtigheid moet worden betracht.¹²¹⁷

¹²¹⁶ 'NHG-kwartaalcijfers: NHG blijft populair', Persbericht NHG 7 oktober 2010, via www.nhg.nl.

¹²¹⁷ Algemeen directeur van NHG Schiffer stelt nog: '[h]et aantal gedwongen verkopen met verlies mag tegen de achtergrond van de kredietcrisis bescheiden worden genoemd, ook in internationaal perspectief.' Zie: 'Huizenkoper zoekt zekerheid', Persbericht NHG 11 januari 2011, via www.nhg.nl.

RESULTATEN UIT RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

<i>Land</i>	<i>1999-2009</i>	<i>2008-2009</i>
België	Ongeveer gelijk gebleven	Ongeveer gelijk gebleven
Bulgarije	Ongeveer gelijk gebleven	Toegenomen
Duitsland	Toegenomen	Ongeveer gelijk gebleven
Hongarije	Toegenomen	Toegenomen
Italië	Toegenomen	Toegenomen
Nederland ¹²¹⁸	Toegenomen	Toegenomen
Roemenië	Toegenomen	Toegenomen
Spanje	Toegenomen	Toegenomen

Tabel 7.2: Overzicht aantal executoriale verkopen (over 10 jaar en over 2 jaar)

7.4.2 Gebruik internet

Een tweede trend die bij bestudering van de resultaten naar voren komt betreft het gebruik van internet voor de executoriale verkoop. Zoals besproken in onderdeel 3.3.1.3 biedt internet de mogelijkheid om een groot publiek te bereiken tegen geringe kosten. Het internet vormt dan ook een bruikbaar instrument voor de executoriale verkoop. Evenals in Nederland, wordt ook in een aantal andere EU-lidstaten internet toegepast in de executoriale verkoopprocedure. De respondenten uit België, Duitsland, Hongarije en Italië geven aan dat in hun land internet in de voorbereidende fase van de executoriale verkoop wordt gebruikt, voor aankondiging van de executoriale verkoop dan wel informatievoorziening aan potentiële kopers. In Hongarije en Italië is het gebruik van internet wettelijk vastgelegd. In België en Duitsland is dit niet wettelijk vastgelegd, maar daar wordt internet wordt in de praktijk wel gebruikt bij de executoriale verkoop.

In Hongarije wordt internet niet alleen gebruikt in de voorbereidende fase van de executoriale verkoop, maar ook voor de veiling zelf. Dit is een interessant gegeven, omdat het wetsvoorstel Executieveilingen voor de Nederlandse procedure naast een wettelijke basis voor het gebruik van internet in de voorbereidende fase, in art. 519 Rv eveneens een internetveilsysteem introduceert. Nadere bestudering van het Hongaarse systeem is daarom van bijzonder belang.

Tegenwoordig bestaat overigens in België ook een internetveilsysteem, zie www.notaclick.be. Dit systeem is tot stand gekomen na de questionnaires en hierover is derhalve uit de questionnaire geen concrete informatie af te leiden. Om deze reden wordt hierop niet nader ingegaan.

¹²¹⁸ Zie tabel 3.1.

<i>Land</i>	<i>Wordt internet gebruikt?</i>	<i>Waarvoor?</i>	<i>Voorgeschreven in wet?</i>
België	Ja	Aankondiging executoriale verkoop	Nee
Bulgarije	Nee	-	Nee
Duitsland	Ja	Informatievoorziening aan potentiële kopers	Nee
Hongarije	Ja	Aankondiging executoriale verkoop Executoriale verkoop zelf	Ja
Italië	Ja	Aankondiging executoriale verkoop Informatievoorziening aan potentiële kopers	Ja
Nederland	Ja	Aankondiging executoriale verkoop Informatievoorziening aan potentiële kopers	Nee
Roemenië	Nee	-	Nee
Spanje	Nee	-	Nee

Tabel 7.3: Gebruik internet bij de executoriale verkoopprocedure

7.4.2.1 Het Hongaarse internetveilsysteem¹²¹⁹

Sinds 1 januari 2009 kent de Hongaarse wet de mogelijkheid om elektronisch (via internet) te bieden op het te veilen goed.¹²²⁰ Deze biedmogelijkheid bestaat in de periode voorafgaande aan de openbare veiling. De periode loopt tot 12:00 uur 's middags op de dag vóór de veiling. Vervolgens vindt de veiling plaats in het openbaar, waarbij het elektronisch geboden bedrag kan worden overboden. De fase voor het doen van elektronische biedingen vindt derhalve alleen plaats *voorafgaande* aan de openbare veiling.¹²²¹ Anders dan het wetsvoorstel Executieveilingen mogelijk maakt wordt dus niet tegelijkertijd met de zaalveiling, of louter via internet geboden.¹²²²

Als belangrijkste reden voor de Hongaarse wetswijziging wordt in de questionnaire het voorkomen van corruptie en onbillijke verkoop genoemd. Deze reden lijkt op de reden die uit de Nederlandse memorie van toelichting voortvloeit: het transparanter maken van de openbare veiling en het vergroten van de kopersgroep door de verkoop aantrekkelijker te maken voor particulieren. Dit laatste zal mede ingegeven zijn om prijsafspraken tussen 'onroerendgoedhandelaren' tegen te gaan.¹²²³

¹²¹⁹ Onderstaande informatie is mede afkomstig van de Hongaarse Kamer van Gerechtsdeurwaarders (MBVK). In Hongarije wordt de executoriale verkoop uitgevoerd door de gerechtsdeurwaarder, zie hierna.

¹²²⁰ Art. 145/A-145/C van de Wet nr. LIII van 1994 maken elektronisch bieden mogelijk. De website die het internetbieden mogelijk maakt is arveres.mbvk.hu, de website van de MBVK.

¹²²¹ Voor roerende zaken geldt in Hongarije overigens dat de veiling hiervan ook louter elektronisch kan geschieden.

¹²²² Zie art. 519 lid 2 nieuw-Rv en MvT, p. 7.

¹²²³ MvT, p. 1-4. Zie ook onderdeel 3.2.

Nu in het wetsvoorstel tevens een vorm van internetveilen wordt geïntroduceerd, zou een nader onderzoek naar de Hongaarse regeling en de ervaringen daarmee waardevolle aanvullingen kunnen opleveren voor de hier op handen zijnde wetswijziging. Navraag bij de Hongaarse Kamer van Gerechtsdeurwaarders (MBVK) mijnerzijds levert reeds op dat zij vooral positief zijn over de introductie van internetveilen voor de executoriale verkoop van *roerende zaken*. De nog maar korte ervaring leert dat met name bij deze zaken met het internetveilen een hogere opbrengst kan worden behaald. Nu de Nederlandse wetswijziging juist ziet op *onroerende zaken* maakt dit een onderzoek ten behoeve van de Nederlandse wetgeving nog meer gewenst. Naast een onderzoek naar de gevolgen voor de opbrengst kan tevens worden bestudeerd in hoeverre in Hongarije door het internetveilen de corruptie en onbillijke verkoop is teruggedrongen.

7.4.3 Huur, beheer en onder zich nemen

In het licht van het wetsvoorstel Executieveilingen verdient ook de problematiek rond de positie van de huurder, alsmede het beheer en het onder zich nemen bij executoriale verkoop bijzondere aandacht. Het wetsvoorstel voorziet in wijzigingen op dit punt die ten doel hebben meer duidelijkheid te scheppen over het inroepen van de bedingen.¹²²⁴ In het vorige hoofdstuk zijn de verschillende aspecten van deze bedingen en de in het wetsvoorstel voorziene wijzigingen reeds besproken. In dit onderdeel komt aan de orde op welke wijze de bevoegdheden die uit deze bedingen voortvloeien in de ondervraagde landen zijn gereguleerd.

7.4.3.1 Huur

De regelingen ten aanzien van de positie van de huurder bij de executoriale verkoop verschillen sterk per land.¹²²⁵ Gezien een eerder onderzoek van het *European University Institute (EUI)* naar het huurrecht in de EU-lidstaten is dit opvallend te noemen.¹²²⁶ Hieruit blijkt dat in andere EU-lidstaten, evenals in Nederland, een *reguliere* verkoop en overdracht over het algemeen geen invloed heeft op de huurovereenkomst. Het adagium ‘koop breekt geen huur’ geldt derhalve in beginsel ook in die landen.¹²²⁷

¹²²⁴ Zie MvT, p. 16-18.

¹²²⁵ Waarbij opgemerkt wordt dat het beheerbeding naar de tekst van art. 3:267 BW ook buiten de executoriale verkoopprocedure kan worden ingeroepen, zie onderdeel 6.7.1.

¹²²⁶ Tenancy Law and Procedure in the EU 2009 (General Report). Uit het onderzoek blijkt overigens dat Nederland, tezamen met Zweden, geplaatst kan worden ‘[a]t the top end of the scale of tenant protection’, p. 40.

¹²²⁷ Tenancy Law and Procedure in the EU 2009, p. 35-36. De toepassing van de regel is in bepaalde landen, zoals Bulgarije, overigens afhankelijk van de registratie van de huurovereenkomst. Let wel, de huurbescherming van huurders verschilt sterk in de →

De positie van de huurder in geval van *executoriale* verkoop en overdracht verschilt echter sterk onder de onderzochte landen. De meeste landen kennen een wettelijke regeling met betrekking tot de positie van de huurder in geval van executoriale verkoop. Bulgarije en Hongarije hebben hiervoor geen wettelijke regeling, hoewel uit de questionnaire wél naar voren komt wat de positie van de huurder bij executoriale verkoop is.

In Bulgarije en Spanje de huurovereenkomst eindigt *niet* in geval van executoriale verkoop, terwijl deze in Duitsland¹²²⁸ en Hongarije *wel* eindigt. In België eindigen sommige huurovereenkomsten bij executoriale verkoop.¹²²⁹

Bezien we de mogelijkheid de huurder tot ontruiming te dwingen in geval van executoriale verkoop, dan geldt hetzelfde. In Bulgarije en Spanje kan de huurder *niet* tot ontruiming worden gedwongen, in Duitsland en Hongarije (met rechterlijke toestemming) *wel* en in België in *sommige gevallen*. De Belgische wetgeving kent een regeling gelijk het Nederlandse art. 505 lid 2 Rv, dat bij executoriale verkoop door de beslaglegger de datum van inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming als omslagpunt neemt voor onder meer gevolgen van beslag voor de huur. In België, waar de hypotheekhouder bij executoriale verkoop een beslagexploot moet overschrijven op het hypotheekkantoor, vormt de overschrijving het omslagpunt. Een speciale regeling voor de huurder van *woonruimte*, zoals in art. 505 lid 2 Rv, tweede zin, bestaat daar echter niet.

De Nederlandse regeling van de positie van de huurder bij executoriale verkoop van een woning door de hypotheekhouder wijkt sterk af van bovenstaande regeling. De hypotheekhouder moet zelf actief optreden, indien hij vrij van een een na zijn hypotheekrecht tot stand gekomen huur wil verkoper.¹²³⁰ De van de hypotheekhouder verwachte actieve rol is (ook) in rechtsvergelijkend opzicht

EU-lidstaten (Tenancy Law and Procedure in the EU 2009, p. 36-40). De standaardduur van huurovereenkomsten (gelimiteerd of ongelimiteerd) verschilt eveneens (Tenancy Law and Procedure in the EU 2009, p. 35). De meeste Zuid- en Oost-Europese landen kennen als standaard gelimiteerde huurovereenkomsten, in tegenstelling tot Noord- en West-Europese landen. Dat heeft uiteraard gevolgen voor de noodzaak van het bestaan van een huurbedingartikel dat de gevolgen van de executoriale verkoop voor de huurder regelt.

¹²²⁸ Op grond van § 57a ZVG (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*) heeft de verkrijger een *Sonderkündigungsrecht*, een recht om de huurovereenkomst te beëindigen. Anders dan in Nederland, is het dus de koper (en niet de hypotheekhouder, zie onderdeel 6.6.2.2, onder 1) die actie moet ondernemen. Vgl. Tenancy Law and Procedure in the EU 2009, p. 36.

¹²²⁹ Zie overigens onderdeel 6.6.2.1 over het 'eindigen' dan wel 'vernietigen' van de huur in de Nederlandse executoriale verkoopprocedure. Eigenlijk is sprake van niet-inroepbaarheid.

¹²³⁰ Zie onderdeel 6.6.2.2.

gecompliceerd. Niet alleen in België, maar ook in de andere onderzochte landen lijkt de regeling aangaande de huurovereenkomst bij executoriale verkoop aanzienlijk eenvoudiger. *Of* de huurovereenkomst eindigt wél bij executoriale verkoop (Duitsland en Hongarije), *of* deze eindigt niet (Bulgarije en Spanje). Bovendien is het de *koper* die actie moet ondernemen voor het vernietigen van de huur bij executoriale verkoop en niet de hypotheekhouder. De laatste regeling lijkt meer op art. 1230 OBW, of in ieder geval op de lijn van de Hoge Raad onder het oud-Burgerlijk Wetboek *na* aanneming van de executie.¹²³¹

Wel verdient opmerking dat de koper in de huidige Nederlandse regeling reeds bij het uitbrengen van zijn bod zekerheid heeft of hij aan de huur gebonden is, omdat de hypotheekhouder *voor* de executoriale verkoop verlop voor het inroepen van het huurbeding moet hebben gevraagd. Is geen verlop gevraagd voor de executoriale verkoop of heeft de voorzieningenrechter het verzoek hiertoe afgewezen dan is de koper gebonden aan de huur.¹²³² In Duitsland en Hongarije wordt deze zekerheid pas *na* de verkoop verkregen, nu de koper voor de gedwongen ontruiming door de huurder toestemming behoeft van de rechter.

Ten aanzien van de positie van de huurder bij de executoriale verkoop is nader rechtsvergelijk onderzoek interessant. Bij een dergelijk onderzoek zou naar mijn mening de vraag centraal moeten staan welke invloed de verschillende regelingen hebben op de uiteindelijke netto-opbrengst. Het hiervoor besproken EUI-onderzoek naar de positie van de huurder dient daarbij te worden meegenomen. Bij het opstellen van een regeling voor de gevolgen van de executoriale verkoop voor de huurder spelen immers niet alleen de verwachte veranderingen voor de opbrengst een rol, maar zeker ook de *algemene* positie van de huurder in het rechtssysteem.

<i>Land</i>	<i>Wettelijke voorziening positie huurder bij executoriale verkoop?</i>	<i>Beëindiging huurovereenkomst bij executoriale verkoop?</i>	<i>Ontruiming door huurder na executoriale verkoop?</i>
België	Ja	Sommige huurovereenkomsten	Sommige huurders kunnen door koper tot ontruiming worden gedwongen.
Bulgarije	Nee	Nee	Nee
Duitsland	Ja	Ja, zowel huur-vóór-hypotheek als huur-na-hypotheek	Ja, maar koper heeft rechterlijke toestemming nodig.
Hongarije	Nee	Ja	Ja, maar koper heeft rechterlijke toestemming nodig.

¹²³¹ Zie onderdeel 6.3.1 en 6.6.2.1.

¹²³² Zie voor een andere oplossing, waarbij tevens zekerheid bestaat bij executoriale verkoop onderdeel 6.6.4.2.

<i>Land</i>	<i>Wettelijke voorziening positie huurder bij executoriale verkoop?</i>	<i>Beëindiging huurovereenkomst bij executoriale verkoop?</i>	<i>Ontruiming door huurder na executoriale verkoop?</i>
Italië	(Geen antwoord)	(Geen antwoord)	(Geen antwoord)
Nederland	Ja	Niet voor huur-vóór-hypothek, mogelijkheid voor huur-na-hypothek (verlof rechter nodig)	Alleen indien verlof rechter gevraagd en verkregen door hypotheekhouder vóór veiling.
Roemenië	(Geen antwoord)	(Geen antwoord)	Ja, maar koper heeft rechterlijke toestemming nodig.
Spanje	Ja	Nee	Nee

Tabel 7.4: De positie van de huurder bij executoriale verkoop

7.4.3.2 Beheer en ontruiming

Ten aanzien van beheer en ontruiming is rechtsvergelijkend onderzoek interessant, omdat de regeling in art. 3:267 BW – zoals besproken in onderdeel 6.7 – nog niet volledig is uitgekristalliseerd. In het rechtsvergelijkende onderzoek is daarom gevraagd naar de bevoegdheden van de hypotheekhouder om voorafgaande aan de executoriale verkoop de woning te betreden, om bijvoorbeeld onderhoud uit te voeren (hierna aangeduid als ‘beheer’)¹²³³ en naar het bestaan van een wettelijke regeling om bewoners vóór de executoriale verkoop tot ontruiming te dwingen (hierna aangeduid als ‘ontruiming’).

De meeste landen kennen een wettelijke mogelijkheid voor de hypotheekhouder om de woning vóór de executoriale verkoop te betreden. Alleen in België en Hongarije bestaat een dergelijke wetsbepaling niet. De respondenten van Roemenië en Spanje antwoorden dat, ondanks het bestaan van deze wettelijke mogelijkheid, hiervan in de praktijk (bijna) nooit gebruik wordt gemaakt. In Duitsland wordt van de mogelijkheid tot beheer soms gebruik gemaakt en in Bulgarije (opvallend genoeg) bijna altijd. Tevens blijkt uit de antwoorden van de respondenten uit Spanje en Duitsland dat voor inbeheerneming rechterlijke toestemming nodig is. De respondenten van Bulgarije, Italië en Roemenië antwoorden dat hiervoor geen rechterlijke toestemming nodig is.

De resultaten voor het beheer leveren aldus een divers beeld op. Vanwege deze diversiteit zou het interessant zijn nader onderzoek te verrichten. Inzicht in de redenen voor het al dan niet bestaan of gebruik maken van de bevoegdheid tot inbeheerneming kan voor de Nederlandse wetgeving waardevol zijn. Ook de invulling van de beheersbevoegdheid in de wetgeving en praktijk biedt

¹²³³ Zie over de mogelijkheid de eigenaar van een pand de controle daarover te ontnemen ook Rapport Vdp 2010, p. 68-69.

waardevolle aanknopingspunten. Bij een dergelijk onderzoek kan ook het effect van het invoeren van het beding op de netto-opbrengst worden meegenomen.

Wat betreft de bevoegdheid tot ontruiming voorafgaande aan de executoriale veiling gaven alle respondenten aan dat in hun land de wet *geen* mogelijkheid van ontruiming vóór de veiling bevat.¹²³⁴ Bovendien wordt hiertoe in de praktijk ook niet overgegaan, zo volgt uit de antwoorden op de questionnaire. In de Nederlandse wetgeving lijkt het beding van onder zich nemen onder voorwaarden *wel* de bevoegdheid tot ontruiming vóór de executoriale verkoop te geven, zoals besproken in onderdeel 6.7.2, hetgeen ook volgt uit de standaard aanduiding als ‘ontruimingsbeding’.

Men kan zich afvragen, mede gezien het resultaat van de questionnaire, in hoeverre deze ontruiming vóór de executoriale verkoop gerechtvaardigd is.¹²³⁵

Ontruiming is immers een vergaande bevoegdheid en grijpt zozeer in op de rechten van de eigenaar dat hiervan niet licht gebruik zou moeten worden gemaakt. Zoals in onderdeel 6.7.2 betoogd meen ik desondanks dat onder omstandigheden ontruiming *wel* mogelijk moet zijn en vanwege de te behalen netto-opbrengst in sommige gevallen zelfs nodig is.

	BE	BU	DU	HON	IT	NL	ROE	SP
<i>Wettelijke mogelijkheid beheer?</i>	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
<i>Toestemming rechter?</i>	-	Nee	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Ja
<i>Lengte procedure (in wkn)?</i>	-	-	1-5*	-	-	-	-	6-10*
<i>Gebruikelijk?</i>	-	Ja	Soms	Nee	-	Soms	Nee	Nee
<i>Wettelijke mogelijkheid ontruiming vóór veiling?</i>	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee
<i>Gebruikelijk?</i>	Nee	Nee	-	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee

* = *Inschatting respondent*

Tabel 7.5: *Beheer en ontruiming bij executoriale verkoop*

¹²³⁴ Zie ook Rapport Vdp 2010, p. 68: ‘however, forcing the owner to move out of his own house is usually not permitted.’

¹²³⁵ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *JOR* 2008, 81 m.nt. E. Loesberg (Daems c.s./Kenniss Holding).

7.4.4 Overeenkomstige redenen voor wetswijziging

Een volgend noemenswaardig resultaat betreft de antwoorden op de vraag naar de laatste wetswijziging op het gebied van de executoriale verkoopprocedure en de reden daarvoor.¹²³⁶ De respondenten uit Bulgarije (2008), Italië (1998 en 2005), Roemenië (2000 en 2006) en Spanje (2000) geven op die vraag allen in woorden van min of meer gelijke strekking een efficiëntere en effectievere procedure als reden. Opvallend is dat in Italië en Spanje de bedoeling van de wetgever onder meer vorm heeft gekregen door de *notaris* in plaats van de rechter een rol toe te kennen bij de executoriale verkoop. Ook Nederland kent een soortgelijke ontwikkeling, zij het dat deze vele jaren eerder plaatsvond, zoals is uitgewerkt in het tweede hoofdstuk. Deze resultaten ondersteunen de conclusie dat bij het streven naar een efficiëntere en effectievere procedure ook past om bevoegdheden bij de rechterlijke macht weg te halen, en deze aan andere autoriteiten (bijvoorbeeld de notaris of de deurwaarder) toe te kennen.¹²³⁷

In Duitsland wordt, zoals al kort werd aangestipt, in de praktijk ook gewerkt met een alternatieve procedure, om zo de lange en kostbare procedure voor rechterlijke goedkeuring te voorkomen.¹²³⁸ De hypotheekgever geeft daar in de notariële hypotheekakte toestemming geeft voor ‘parate executie’. Het bestaan van dergelijke bedingen én de hiervoor vermelde wetswijzigingen maken duidelijk dat er in de praktijk van de executoriale verkoop grote behoefte bestaat aan een efficiënt en effectief verhaalsrecht voor de hypotheekhouder, waarbij zonder rechterlijke tussenkomst verkocht kan worden. Deze in het vierde en zesde hoofdstuk besproken behoefte speelt derhalve niet alleen op nationaal, maar ook op internationaal niveau. Dit resultaat ondersteunt nogmaals het in onderdeel 4.3.3 uitgewerkte uitgangspunt van een effectieve en efficiënte procedure, waardoor een zo hoog mogelijke netto-opbrengst kan worden behaald. Hoewel de ontwikkeling naar een effectievere en efficiëntere procedure (en vervanging van de rechterlijke tussenkomst door notarieel toezicht) zich in Nederland eerder heeft voorgedaan dan in de hiervoor vermelde landen, is het uitgangspunt van een effectieve en efficiënte procedure zo essentieel voor de executoriale verkoop dat dit ook bij toekomstige wetswijzigingen voor ogen moet worden gehouden, zoals ook in het volgende onderdeel wordt betoogd.

¹²³⁶ Het jaar van de laatste wetswijziging wordt hierna tussen haakjes achter de diverse landen aangegeven.

¹²³⁷ Zie ook onderdeel 5.2.2.

¹²³⁸ Zie onderdeel 7.2.1 en Rapport Vdp 2010, p. 61.

RESULTATEN UIT RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

<i>Land</i>	<i>Jaar huidige wetgeving</i>	<i>Laatste wetswijziging</i>	<i>Welke wijziging?</i>	<i>Reden wijziging</i>
België	1967	2009	Vorm en inhoud veilingvoorwaarden	Optimalisering verkoop
Bulgarije	1952	2008	Procedure voor parate executie	Snellere en eenvoudiger procedure voor verkrijgen dwangbevel
Duitsland	1900	Geen grote wijzigingen	Bescherming schuldenaar tegen <i>Verschleuderung</i> onderpand ¹²³⁹	Bescherming eigendom 'onteigende' schuldenaar
Hongarije	1994	2009	Internetveiling	Voorkomen corruptie en onbillijke verkoop
Italië	1942 (WBRv)	1998 en 2005	1998: bevoegdheid notaris; 2005: bevoegdheid advocaat e.a., verandering procedure	Vermindering werkdruk rechtbanken en versnelling procedures
Nederland	1992	In ontwikkeling	Transparanter en voor breder publiek toegankelijk maken	Meer particuliere kopers, bestrijding vastgoedfraude
Roemenië	2000	2000	Vereenvoudiging procedure	Vereenvoudiging procedure
Spanje	19 ^e eeuw, WBRv 2000	2000	Verwijdering stappen, vermindering aantal veilingen, legaliseren verkoop voor notaris	Snellere procedure

Tabel 7.6: De redenen voor wetswijziging

7.5 Lengte, kosten en opbrengsten van de executoriale verkoopprocedure

Zoals meermaals betoogd, is een belangrijk aspect van de executoriale verkoopprocedure betreft de effectiviteit en efficiëntie ervan. In dit onderdeel worden de resultaten die uit de questionnaire naar voren komen op dit punt uitgewerkt aan de hand van drie criteria: lengte, kosten en opbrengsten. Vanzelfsprekend moet bij het trekken van conclusies uit de antwoorden de nodige voorzichtigheid worden betracht, zoals ook onder 6.3.2 is besproken. Dat in het achterhoofd houdende wordt hieronder, met name ten behoeve van de Nederlandse procedure, ingegaan op de lengte, kosten en opbrengsten van de

¹²³⁹ *Verschleuderung* is waardedaling, omdat *Rechtspfleger* ook bij zeer lage biedingen kon toewijzen.

executoriale verkoopprocedures in de EU-lidstaten. Hiermee kan in elk geval een globale indruk van de effectiviteit en efficiëntie van de verschillende procedures worden verkregen.

7.5.1 Lengte

Bij de bespreking van de onder 7.2 vermelde resultaten uit eerdere onderzoeken, werd reeds duidelijk dat de lengtes van de procedures van executoriale verkoop in de verschillende EU-lidstaten sterk verschillen.¹²⁴⁰ In deze questionnaire is aan de respondenten ook gevraagd een schatting te maken van de lengte van de procedure om zo een actueel beeld te verkrijgen. Er is gevraagd naar de lengte van de procedure vanaf de start *tot* de verdeling van de verkoopopbrengst.

Een belangrijke conclusie die uit de resultaten van dit onderzoek kan worden getrokken, is dat Nederland er op dit punt positief uitspringt.¹²⁴¹ De Nederlandse hypotheekhouder kan, wanneer hij eenmaal het besluit tot uitwinning heeft genomen, binnen enkele maanden na het ontstaan van het verzuim en de aanzegging van de verkoop, de verkoop en afwikkeling daarvan uitvoeren. Ook Bulgarije, Hongarije en Roemenië kennen snelle procedures. De verkoop en afwikkeling daarvan duurt in deze landen eveneens gemiddeld een tot zes maanden. België kent een doorlooptijd van zeven maanden tot een jaar, terwijl Duitsland en Spanje een tot anderhalf jaar nodig hebben. De langste procedure is nog steeds in Italië, zij het dat deze aanzienlijk korter is dan in de onder 7.2 vermelde onderzoeken naar voren kwam, namelijk anderhalf tot twee jaar. De wetwijzigingen aldaar lijken dus hun vruchten af te werpen.

<i>Land</i>	<i>Wat is gemiddelde lengte procedure (van start tot verdeling koopsom)?</i>
België	7-12 maanden*
Bulgarije	1-6 maanden*
Duitsland	13-18 maanden*
Hongarije	1-6 maanden*
Italië	19-24 maanden*
Nederland	1-6 maanden*
Roemenië	1-6 maanden*, indien vordering niet wordt betwist. Indien betwisting vordering dan ongeveer 24 maanden.
Spanje	13-18 maanden*

* = *Inschatting respondent*

Tabel 7.7: Lengte van de executoriale verkoopprocedure

¹²⁴⁰ Zie ook Rapport VdP 2010, p. 80-81.

¹²⁴¹ In het Rapport VdP 2010 springt Nederland er qua lengte van de procedure (vanaf de start van de procedure *tot en met* de verdeling van de opbrengst) nog positiever uit. Nederland en Roemenië zijn, wat betreft de in het onderhavige onderzoek onder de loep genomen landen, de enige landen waarin die procedure minder dan een jaar in beslag neemt. Zie Rapport VdP 2010, p. 81.

7.5.2 Kosten

Een tweede belangrijke factor bij het bepalen van de efficiëntie en effectiviteit van de procedure vormen de kosten. Het uit de antwoorden op de questionnaires te destilleren overzicht van de *hoogte* van de kosten levert eveneens een divers beeld op. In Duitsland, Italië en Roemenië zijn de kosten laag (1-5%), terwijl de kosten in Bulgarije en Spanje hoog (11-15%) zijn. Nederland en Hongarije vormen een middencategorie, met kosten van zo'n 6-10% van de opbrengst. De oorzaken van deze verschillen zijn in de questionnaire niet nader onderzocht. Nader onderzoek op dit punt, met name in het licht van de *opbrengst* bij de executoriale verkoop (zie hierna), is dan ook gewenst.

Ten aanzien van de kostenverdeling geldt dat de regelingen in het buitenland ook op dit punt sterk verschillen.¹²⁴² In België, Duitsland en Italië worden sommige kosten voldaan uit de opbrengst, en andere kosten betaald door de koper. In Hongarije, Roemenië en Spanje worden de kosten voldaan uit de opbrengst. In Bulgarije betaalt opvallend genoeg de schuldenaar de kosten. In Nederland worden de kosten op grond van de AVVE 2006 vrijwel geheel voor rekening van de koper gebracht. In het wetsvoorstel is een wijziging voorzien, door middel van een quasi-dwingendrechtelijke regeling van de kosten bij de executoriale verkoop van *tot bewoning bestemde onroerende zaken*, zoals besproken in onderdeel 4.3.3.1. In afwijking van de huidige AVVE 2006 komen op grond van art. 524a nieuw-Rv *alle* kosten van de executoriale verkoop voor rekening van de hypotheekhouder met uitzondering van: de overdrachts- en omzetbelasting, het honorarium van de notaris, het kadastrale recht en de kosten van kadastrale recherche en de kosten van ontruiming.

In het licht van de resultaten met betrekking tot de lengte en kosten van de executoriale verkoopprocedure in de onderzochte EU-lidstaten wordt nog het volgende opgemerkt. De Nederlandse procedure is nu een snelle procedure en de kosten zijn gemiddeld. Een aantal van de in het wetsvoorstel Executieveilingen voorziene wetswijzigingen dienen kritisch tegen het licht gehouden te worden ten aanzien van de gevolgen ervan voor de lengte en kosten van de procedure. Zo kunnen in dit opzicht vraagtekens worden gezet bij de wenselijkheid van de in beginsel verplichte oproeping van het huurbeding (art. 3:264 lid 1 nieuw-BW, zie onderdeel 6.6.4.1) en de voor het oproepen van het beding van onder zich nemen verplichte machtiging van de voorzieningenrechter (art. 3:267 lid 2 nieuw-BW, zie onderdeel 6.7.2.2). Voorts biedt de wetswijziging een aanknopingspunt de bestaande procedure nog eens tegen het licht te houden waar het de

¹²⁴² Het begrip *kosten* werd in de questionnaire als volgt uitgelegd: alle kosten die de voorbereiding van de executoriale verkoop, de verkoop zelf en de afwikkeling ervan betreffen. Het gaat hier om daadwerkelijke uitgaven (de kosten in *enge zin* derhalve).

lengte en kosten betreft. In dit kader wordt wederom gewezen op het huurbedingartikel, dat voor het inroepen van het huurbeding bij woonruimte voorafgaand verlof van de voorzieningenrechter vereist (zie onderdeel 6.6) en de momenteel weinig efficiënte procedure van onderhandse executoriale verkoop, bijvoorbeeld waar het de toepassing van art. 7:2 BW betreft (zie onderdeel 6.3.3.1).

<i>Land</i>	<i>Wie betaalt de kosten?</i>	<i>Gemiddelde kosten?</i>
België	Sommige kosten worden betaald uit de opbrengst, andere worden betaald door de koper.	(Geen antwoord)
Bulgarije	Debiteur	11-15% van de opbrengst*
Duitsland	Sommige kosten worden betaald uit de opbrengst, andere worden betaald door de koper.	1-5% van de opbrengst*
Hongarije	Kosten worden betaald uit de opbrengst.	6-10% van de opbrengst*
Italië	Sommige kosten worden betaald uit de opbrengst, andere worden betaald door de koper.	1-5% van de opbrengst*
Nederland	Kosten worden betaald door de koper.	(Eigen inschatting: 6-10% van de opbrengst)
Roemenië	Kosten worden betaald uit de opbrengst.	1-5% van de opbrengst*
Spanje	Kosten worden betaald uit de opbrengst.	11-15% van de opbrengst*

*= *Inschatting respondent*

Tabel 7.8: *Kosten van de executoriale verkoopprocedure*

7.5.3 Opbrengsten

Ten slotte is in de questionnaire gevraagd een inschatting te maken van de (bruto) opbrengst van de executoriale verkoopprocedure. Een vergelijking van de resultaten op dit punt levert op dat in de meeste landen de executieopbrengst in principe lager is dan de *marktwaaarde* van de woning. De respondenten uit Duitsland, Hongarije, Italië, Roemenië en Spanje geven aan dat dit bij hen het geval is. In Nederland is de opbrengst bij executoriale verkoop eveneens lager dan de marktwaaarde van de woning.¹²⁴³ De respondenten uit België en Bulgarije antwoorden dat in hun landen de opbrengst ongeveer gelijk is aan de marktwaaarde.

Een meer opvallend resultaat betreft het verschil tussen de executieopbrengst en de *vordering van de hypotheekhouder*. In Nederland kan in veel gevallen de vordering van de hypotheekhouder niet voldaan worden uit de opbrengst.¹²⁴⁴ Op

¹²⁴³ Zie onderdeel 3.2 en met name onderdeel 3.2.2 over de opbrengst bij de executoriale verkoop.

¹²⁴⁴ Zie onderdeel 3.2 en met name onderdeel 3.2.2 over de opbrengst bij de executoriale verkoop.

dit punt wijkt de Nederlandse situatie, samen met de Duitse en Italiaanse, negatief af van die in de andere onderzochte landen. De respondenten uit België, Roemenië en Spanje geven echter aan dat bij hen de executieopbrengst ongeveer gelijk is aan de vordering van de hypotheekhouder. In Bulgarije (1-10%) en Hongarije daarenboven is de opbrengst zelfs *hoger* dan de vordering.

Uit deze resultaten blijkt dat de Nederlandse executoriale verkoopprocedure wat betreft de opbrengst negatief afsteekt tegen het resultaat van de overige onderzochte landen. Het resultaat doet vermoeden dat de oorzaken niet alleen in de executoriale verkoopprocedure zelf, maar ook in de hoogte van de hypothecaire vordering in verhouding tot de waarde van de woning liggen. In onderdeel 4.3.2.1 is reeds besproken dat momenteel al enkele ingrepen plaatsvinden om overkreditering te voorkomen. Nader onderzoek naar de invloed van 'overkreditering' op de opbrengst bij executoriale verkoop is echter gewenst. Dat overkreditering echter niet de enige reden is voor de lage opbrengst bij executoriale verkoop, komt onder meer naar voren uit het in onderdeel 3.2.2 besproken onderzoek van Brounen. Het rechtsvergelijkende onderzoek onderstreept dan ook het belang van dit onderzoek naar de wijze bij waarop bij de executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden.

<i>Land</i>	<i>Verhouding gemiddelde opbrengst/marktwaarde woning</i>	<i>In %</i>	<i>Verhouding gemiddelde opbrengst/vordering hypotheekhouder</i>	<i>In %</i>
België	Opbrengst ongeveer gelijk aan marktwaarde*	-	Opbrengst ongeveer gelijk aan vordering*	-
Bulgarije	Opbrengst ongeveer gelijk aan marktwaarde*	-	Opbrengst hoger dan vordering*	1-10%*
Duitsland	Opbrengst lager dan marktwaarde*	21-30%*	Opbrengst lager dan vordering*	11-20%*
Hongarije	Opbrengst lager dan marktwaarde*	31-40%*	Opbrengst hoger dan vordering*	-
Italië	Opbrengst lager dan marktwaarde*	11-20%*	Opbrengst lager dan vordering*	21-30%*
Nederland	Opbrengst lager dan marktwaarde	31-40% ¹²⁴⁵	Opbrengst lager dan vordering*	-
Roemenië	Opbrengst lager dan marktwaarde*	21-30%*	Opbrengst ongeveer gelijk aan vordering*	-
Spanje	Opbrengst lager dan marktwaarde*	11-20%*	Opbrengst ongeveer gelijk aan vordering*	1-10%*

*= *Inschatting respondent*

Tabel 7.9: *Opbrengst van de executoriale verkoop*

¹²⁴⁵ Zie onderdeel 3.2.2.

8. Conclusies en aanbevelingen

8.1 Inleiding

De executoriale verkoopprocedure biedt voor verschillende categorieën schuldeisers de ultieme mogelijkheid hun vordering voldaan te krijgen. In dit onderzoek ligt de nadruk op de executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken, in het bijzonder woningen, door de hypotheekhouder. Het verhaalsrecht van de hypotheekhouder heeft zich in de loop der jaren ontwikkeld van een vervalpand tot een bevoegdheid tot verkoop waaraan het recht van parate executie is verbonden. Hierdoor is een enkel verzuim van de hypotheekgever voldoende om de bevoegdheid tot executoriale verkoop te doen ontstaan. Hierdoor kan de hypotheekhouder relatief snel en eenvoudig overgaan tot verkoop en overdacht van de woning van de hypotheekgever, om zo voldaan te kunnen worden uit de opbrengst.

De procedure voor executoriale verkoop door de hypotheekhouder is vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Diverse onderzoeken tonen aan dat de executoriale verkoopprocedure op dit moment te weinig opbrengt. Ook in het verkennende rechtsvergelijkende onderzoek springt Nederland, er wat betreft de opbrengst negatief, uit. Dit maakt het onderhavige onderzoek, dat de gehele wettelijke procedure van executoriale verkoop systematisch beschouwt, nuttig en noodzakelijk.

In dit onderzoek staat centraal op welke wijze bij de executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden. Hiertoe wordt geanalyseerd of de huidige wettelijke regeling de juiste randvoorwaarden schept om bij executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen en – indien dat niet het geval is – welke aanpassingen van de regeling wenselijk zijn. Daarbij ligt de focus op de executoriale verkoop van woningen door de hypotheekhouder. Dit betekent echter geenszins dat de conclusies niet ook voor andere vormen van executoriale verkoop zouden kunnen gelden.

8.2 Conclusies

In dit onderdeel worden de belangrijkste conclusies uit het onderzoek besproken.

8.2.1 Hoofddoel: een zo hoog mogelijke netto-opbrengst

Bij executoriale verkoopprocedure is het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst het hoofddoel. Het belang hiervan kan op twee niveaus worden uitgedrukt: het macroniveau en het microniveau. Het macroniveau is het niveau van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure, in het bijzonder wetgeving, en het microniveau is het praktijk- of uitvoeringsniveau.

Op microniveau is het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst het hoogste doel, omdat dit in het belang is van de hypotheekhouder, de hypotheekgever en de belanghebbenden (dat zijn de betrokkenen van wie het recht ex art. 3:273 BW teniet gaat of vervalt als gevolg van de executoriale verkoop, maar die op grond van de wet een recht hebben op het in beginsel meedelen bij de verdeling van de executieopbrengst).

Op macroniveau is het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst in het belang van de financiering van het eigenwoningbezit. Het bevorderen van het eigenbewoningbezit is een belangrijk speerpunt van het overheidsbeleid. Daarbij speelt de financiering door middel van hypothecaire zekerheid een onmisbare rol. De regelgeving dient in dit opzicht te voorzien in een efficiënte en effectieve procedure die de hypotheekhouder en de notaris in staat stelt een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen.

Dit doel is gediend met het vastleggen van louter de randvoorwaarden op macroniveau, zodat ruimte wordt gelaten om op microniveau de executoriale verkoopprocedure zó in te richten dat zo hoog mogelijke netto-opbrengst kan worden behaald. Met andere woorden, om recht te doen aan het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst dient bij het vastleggen van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure een flexibele procedure voor ogen te worden gehouden.

8.2.1.1 Aanwijzingen voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst

Voor het vastleggen van de executoriale verkoopprocedure in wetgeving en de uitvoering in de praktijk is het nuttig het hoofddoel nader vast te leggen in concrete aanwijzingen. Een arrest van de Hoge Raad biedt hiertoe bruikbare aanknopingspunten.¹²⁴⁶ In dit arrest is een overweging opgenomen met betrekking tot het begrip ‘verkoopwaarde’. Toegespitst op de executoriale verkoopprocedure levert de in het arrest gebruikte invulling van dit begrip de volgende aanwijzingen op:

1. De executoriale verkoop dient plaats te vinden op de voor het registergoed meest geschikte wijze.
2. Aan deze verkoop dient de beste voorbereiding vooraf te gaan.
3. De meestbiedende gegadigde dient in staat te worden gesteld koper van het registergoed te worden.

De wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure dient de notaris en de hypotheekhouder in staat te stellen de executoriale verkoopprocedure uit te voeren aan de hand van deze aanwijzingen. Hiervoor is een flexibele procedure noodzakelijk, zoals hierna wordt uitgewerkt.

¹²⁴⁶ Hoge Raad 6 maart 1963, *BNB* 1963, 113.

8.2.2 *Flexibiliteit in de wettelijke regeling*

Zoals hierboven is betoogd, is het in het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst dat de notaris en de hypotheekhouder de mogelijkheid hebben om op een zodanige wijze te verkopen dat onder de gegeven omstandigheden een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden. De wetgeving moet hiertoe voldoende flexibiliteit bieden, omdat het aanbod op de executoriale verkoop divers is en in de procedure zo veel mogelijk ook toekomstige ontwikkelingen kunnen worden ingepast. Het belang hiervan kan worden geïllustreerd aan de hand punten waarop de huidige wetgeving te weinig flexibel is.

Ten eerste: nieuwe ontwikkelingen zijn onder de huidige wettelijke regeling moeilijk inpasbaar. Een voorbeeld biedt de aankondiging van de executoriale verkoop in art. 516 Rv. In plaats van een voorschrift dat inhoudt dat de executoriale verkoop moet worden aangekondigd, door wie en (eventueel) binnen welke termijn dit moet gebeuren, bepaalt de wet dat de executoriale verkoop ten minste dertig dagen van tevoren moet worden aangekondigd in een plaatselijk verspreid dagblad en moet worden aangeplakt volgens plaatselijk gebruik. De opkomst van moderne communicatiemiddelen, waaronder internet, heeft duidelijk gemaakt dat de wet op dit punt te strikt voorschrijft hoe de aankondiging moet geschieden. Dit maakt het niet mogelijk de aankondiging te richten op een specifiek publiek (de doelgroep voor *deze* executoriale verkoop, te weten de meestbiedende gegadigden) en kan bovendien zorgen voor onnodig hoge kosten.

Het belang van flexibiliteit is ook gelegen in de verscheidenheid van het aanbod. De huidige wettelijke regeling biedt momenteel één regeling voor de executoriale verkoop van alle soorten registergoederen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen woonruimte en bedrijfspanden, laat staan tussen de verschillende typen woonruimten. Het aanbod in de praktijk is echter divers: bij de executoriale verkoop worden woningen aangeboden waarin door de politie kort geleden wietplantages zijn ontmanteld, maar ook woningen die geschikt zijn voor directe bewoning door gezinnen, of bedrijfsruimtes die verhuurd worden aan solvabele huurders.

De wettelijke regeling zou vanwege de diversiteit van het aanbod op microniveau meer ruimte moeten bieden om de executoriale verkoopprocedure afhankelijk van de omstandigheden in te richten. Dit geldt ook voor de wijze waarop de openbare veiling plaatsvindt. Art. 519 Rv bepaalt dat deze geschiedt bij opbod en afmijning. Het is ongewenst om voor alle vormen van executoriale verkoop dezelfde wijze van verkoop voor te schrijven, omdat zij geen recht doet aan het uitgangspunt dat de onder omstandigheden zo hoog mogelijke netto-

opbrengst moet worden behaald. Zoals de economische literatuur aantoont is de meest geschikte wijze van verkoop juist afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De flexibiliteit kan echter ook zorgen voor onduidelijkheid voor de betrokkenen, terwijl het voor hen juist belangrijk kan zijn te weten hoe de executoriale verkoopprocedure verloopt. Om de betrokkenen ook bij een meer flexibele regeling zekerheid te geven voorafgaande aan de executoriale verkoop, kan worden overwogen voor een aantal veelvoorkomende omstandigheden die zich bij executoriale verkoop kunnen voordoen, regelgeving op *mesoniveau* vast te leggen. Het gaat dan om de regulering van voorwaarden die voor meerdere executoriale verkoopprocedures gelden. Hierbij kan gedacht worden aan een indeling in algemene veilingvoorwaarden voor de executoriale verkoop van een woning, geschikt voor directe bewoning door particulieren, algemene veilingvoorwaarden voor de executoriale verkoop van een bedrijfspand *et cetera*. Het voordeel hiervan is dat bij de totstandkoming ervan (vertegenwoordigers van) de betrokkenen inspraak hebben. Hierdoor ontstaat een evenwichtige vorm van regelgeving die bovendien flexibel – want eenvoudiger te wijzigen – is vergeleken met regelgeving op wetgevingsniveau.

8.2.3 *Het belang van een efficiënte en effectieve procedure*

In verband met het behalen van een zo hoog mogelijke *netto*-opbrengst dienen onnodige procedurekosten voorkomen te worden. Hiertoe moeten zowel de executoriale verkoopprocedure zelf, als de gerechtelijke procedures in de executoriale verkoopprocedure op efficiënte en effectieve wijze worden ingericht. Bovendien moeten onnodige gerechtelijke procedures in de executoriale verkoopprocedure worden voorkomen. Bij wetswijzigingen op het gebied van de executoriale verkoopprocedure is het van belang de procedure te analyseren en beoordelen op de gevolgen ervan voor de lengte en de kosten van de procedure.

Het belang van een efficiënte en effectieve procedure komt ook in de parlementaire geschiedenis naar voren. Bij de bestudering van de verschillende wetswijzigingen op het gebied van de executoriale verkoop blijkt dat het achterliggende doel veelal is de procedure efficiënter en effectiever te laten verlopen. Met name de invoering van het beding van eigenmachtige verkoop en de *Lex Hartogh* in het oud-Burgerlijk Wetboek zorgden voor een eenvoudigere en minder kostbare procedure. De executoriale verkoop werd door deze wijzigingen niet meer voorafgegaan door een gerechtelijke procedure, maar stond voortaan onder notarieel toezicht. Een belangrijke reden hiervoor was kostenbesparing. De gerechtelijke procedure die onder oud recht bestond werd als te lang en te kostbaar ervaren, terwijl zij bovendien als overbodig kon

worden bestempeld. Tegenwoordig is een enkel verzuim voldoende en komt rechterlijke toetsing van de bevoegdheid en beslissing om tot executoriale verkoop over te gaan alleen aan de orde als een betrokkene een procedure start. Waar deze maatregelen de procedure voorafgaande aan de executoriale verkoop betroffen, zijn bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek maatregelen voor een efficiënter en effectiever verloop van de executoriale verkoop-procedure zelf getroffen. Voorbeelden zijn de vereenvoudiging van de regeling voor het vaststellen van de veilingvoorwaarden en het loskoppelen van de zuivering en rangregeling.

De parlementaire geschiedenis en literatuur over ervaringen met eerdere wettelijke regelingen leren dan ook dat steeds de meest effectieve en efficiënte procedure moet worden neergelegd in regelgeving, temeer omdat partijen anders de wettelijke procedure met haar waarborgen omzeilen. Een voorbeeld biedt het gebruik van de volmacht in de 19^e eeuw, teneinde aan de gerechtelijke procedure te ontkomen. Ook in de huidige tijd wordt gebruik gemaakt van een volmacht, hetgeen een belangrijke indicatie vormt voor inefficiënte en niet effectieve regelgeving.

Ook het rechtsvergelijkende onderzoek biedt op dit punt belangrijke inzichten. Weliswaar moet met het trekken van conclusies uit dit verkennende onderzoek de nodige voorzichtigheid worden betracht, maar toch kunnen op grond van de ingevulde questionnaires enige interessante resultaten worden vermelden. Uit de questionnaires kan worden afgeleid dat een aantal landen de stap van rechtelijke tussenkomst naar notarieel toezicht kort geleden heeft gezet, zoals Nederland in 19^e eeuw deed. Het achterliggende gedachte is dezelfde als in Nederland destijds: een efficiëntere en effectievere procedure. Bovendien blijkt dat in landen als Duitsland, waar gerechtelijke tussenkomst wel is voorgeschreven, de gerechtelijke procedure wordt vermeden door een beding in de hypotheekakte op grond waarvan de hypotheekhouder bij verzuim gerechtigd is tot ‘parate executie’ over te gaan.¹²⁴⁷ Ook hiermee wordt het belang van een efficiënte en effectieve procedure onderstreept.

Hoewel de Nederlandse procedure in rechtsvergelijkend opzicht snel en tegen gemiddelde kosten verloopt, is het toch nuttig de analyseren of er wijzigingen wenselijk zijn. De gewenste wijzigingen moeten ook worden gezien in het licht van het behalen van een hogere opbrengst, een aspect waarop Nederland in rechtsvergelijkend opzicht minder goed scoort. Hieronder worden twee in dit licht noodzakelijke aanpassingen uitgewerkt.

¹²⁴⁷ De term ‘parate executie’ wordt hier gebruikt om aan te geven dat de hypotheekhouder op grond van het beding in de hypotheekakte in geval van verzuim direct tot executoriale verkoop kan overgaan.

8.2.3.1 Twee noodzakelijke aanpassingen

Hier wordt allereerst de noodzakelijke aanpassing van de huidige regeling van het huurbeding uitgewerkt. Deze regeling maakt een huurrecht dat na de vestiging van het hypotheekrecht is aangegaan, in wezen een persoonlijk recht, tot een sterker recht dan een posterieur beperkt recht. Waar beperkte rechten in beginsel van rechtswege vervallen als gevolg van de executoriale verkoop en levering, is de hypotheekhouder bij 'posterieure' huurrechten gehouden zelf actie te ondernemen om vrij van huur te kunnen verkopen. Voor huur van woonruimte die *na* de vestiging van het hypotheekrecht is aangegaan, is zelfs een gerechtelijke procedure nodig.

Dit past niet in het vermogensrechtelijke systeem, waarin de hypotheekhouder de na zijn recht tot stand gekomen goederenrechtelijke rechten in beginsel kan negeren en persoonlijke rechten in beginsel niet tegen hem kunnen worden ingeroepen. In dit licht zijn de procedurekosten die voor het inroepen van het huurbeding bij woonruimte op grond van de wettelijke regeling moeten worden gemaakt onnodig en ongewenst. Daar komt nog bij dat de notaris en de hypotheekhouder steeds moeten onderzoeken *of* sprake is van huur en daarvoor de nodige kosten maken, terwijl het zelfs na zo'n onderzoek niet steeds zeker is of de woning niet toch verhuurd wordt. Zo bezien zou steeds het huurbeding moeten worden ingeroepen en een gerechtelijke procedure moeten worden gestart, om zeker te zijn van de verkoop vrij van huur. De bescherming van de huurder leidt tot dermate onredelijke gevolgen dat het huurbedingartikel heroverweging behoeft.

Uit het verkennende rechtsvergelijkende onderzoek kan nog worden afgeleid dat de Nederlandse regeling met betrekking tot de positie van de huurder bij executoriale verkoop nodeloos ingewikkeld is. In de onderzochte landen lijkt de regeling aangaande de huurovereenkomst bij executoriale verkoop aanzienlijk eenvoudiger. *Of* de huurovereenkomst eindigt wél bij executoriale verkoop, *of* deze eindigt niet. Bovendien is het de *koper* die actie moet ondernemen voor het eindigen van de huur bij executoriale verkoop en niet de hypotheekhouder.

In dit onderzoek zijn daarom aanpassingen besproken die leiden tot een evenwichtiger en eenvoudiger regeling van de positie van de huurder bij executoriale verkoop, die bovendien meer in lijn is met het vermogensrechtelijke systeem.

Een tweede voorbeeld biedt de onderhandse executoriale verkoopprocedure. Deze procedure is een bruikbaar alternatief voor de openbare executoriale verkoop, maar is in een aantal opzichten contraproductief. Ten eerste is de actieve rol van de hypotheekgever niet goed verklaarbaar. Naast de hypotheekhouder heeft immers ook de hypotheekgever op grond van art. 3:268 lid 2 BW

de mogelijkheid een verzoek tot goedkeuring van een onderhandse koopovereenkomst in te dienen. De regie van de verkoop ligt echter bij de hypotheekhouder en de notaris. De hypotheekgever heeft in beginsel de executoriale verkoop slechts te dulden. Het past niet bij dit uitgangspunt dat de hypotheekgever een actieve rol heeft bij de onderhandse executoriale verkoop. De bevoegdheid van de hypotheekgever schept ook onduidelijkheid: is de hypotheekhouder gehouden de koopovereenkomst van de hypotheekgever te ondertekenen en daaraan uitvoering te geven om het executoriale karakter aan de verkoop te geven? Kan de hypotheekgever eigen voorwaarden overeenkomen met een koper, of moet hij de voorwaarden die door de hypotheekhouder zijn vastgesteld volgen? Bovendien biedt deze bevoegdheid de hypotheekgever de mogelijkheid de procedure te trainen en te misbruiken, door op het laatste moment een verzoek in te dienen en daarmee de datum voor de openbare executoriale verkoop te doen vervallen.

Ten tweede past de toepassing van de bedenktijd van art. 7:2 BW niet bij het karakter van de executoriale verkoop. Door deze bepaling op de onderhandse executoriale verkoop van toepassing te verklaren wordt immers, in de woorden van de wetgever over de openbare executoriale verkoop, afbreuk gedaan aan de 'doeltreffendheid en doelmatigheid' van de executoriale verkoop. Daarnaast biedt de bedenktijd bij onderhandse executoriale verkoop nog een mogelijkheid tot misbruik door de hypotheekgever, door op het allerlaatste moment een koopovereenkomst met een particuliere bidder ter goedkeuring aan de voorzieningenrechter voor te leggen en zo de procedure onnodig op te schorten. Uiteraard zal de voorzieningenrechter bij de honorering van dit verzoek rekening houden met misbruik, maar dit neemt niet weg dat deze vorm van kopersbescherming niet past bij het executoriale karakter van de verkoop. Dat vraagt om een zo veel mogelijk definitieve verkoop, vanwege de suboptimale gevolgen van een tweede verkoop.

Ten slotte is het onder de huidige regeling nodig de openbare veilingprocedure geheel voor te bereiden, terwijl de termijn voor het doen van onderhandse biedingen loopt. Daardoor kunnen - indien het tot een onderhandse executoriale verkoop komt - onnodige kosten voor de voorbereiding van de openbare veiling worden gemaakt, bijvoorbeeld voor de huur van een veilingzaal en het inschakelen van een afslager. Dit is niet in het belang van de netto-opbrengst. Dergelijke kosten kunnen met kleine wettelijke wijzigingen worden voorkomen, zoals in onderdeel 8.3.2 zal blijken.

8.2.3.2 De rol van de notaris en de hypotheekhouder

Op microniveau geldt dat de notaris en de hypotheekhouder steeds moeten bezien in hoeverre het maken van kosten gerechtvaardigd is met het oog op het behalen van een hogere opbrengst.

Een voorbeeld om dit te ondersteunen, aan de hand van de bedingen van art. 3:264 en 3:267 BW. Het beding van art. 3:264 BW kan worden ingezet om vrij van huur te verkopen en het beheerbeding van art. 3:267 BW om waardedaling van het onderpand tegen te gaan. Het tweede beding van art. 3:267 BW ten slotte, het beding van onder zich nemen biedt de mogelijkheid overige maatregelen te treffen die met het oog op de executoriale verkoop(opbrengst) nodig zijn, zoals bezichtiging en taxatie.

Op microniveau zal moeten worden afgewogen of bij een concrete executoriale verkoopprocedure de kosten die worden gemaakt om de bedingen in te roepen opwegen tegen de te verwachten meeropbrengst. Zo zal bij het invoeren van het huurbeding (bij woonruimte) en het beheerbeding moeten worden meegewogen dat verlot moet worden gevraagd aan de voorzieningenrechter voor het invoeren van de bevoegdheden, met alle kosten van dien. Het is derhalve niet bij iedere executoriale verkoop zonder meer aangewezen deze bedingen in te roepen, hoewel zij een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het verhogen van de opbrengst.

8.2.4 Het belang van rechtszekerheid en rechtsbescherming

De executoriale verkoop brengt voor de hypotheekgever grote gevolgen met zich. Als gevolg ervan dient hij de door hem bewoonde woning (samen met andere bewoners) te verlaten en verliest hij zijn eigendomsrecht. Ook andere betrokkenen kunnen hun rechten met betrekking tot het goed niet langer invoeren. In het bovenstaande is het belang van rechtszekerheid en rechtsbescherming voor deze betrokkenen bij de executoriale verkoop nog onbelicht gebleven. Het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst staat weliswaar voorop bij het ontwerp van wetgeving op het gebied van de executoriale verkoop, maar de ingrijpende en soms onomkeerbare gevolgen voor sommige betrokkenen brengt mee dat de positie van deze betrokkenen op heldere wijze in de wettelijke regeling dient te worden vastgelegd. Daarmee moet worden voorkomen dat de betrokkenen onnodig en onredelijk rechten verliezen als gevolg van de executoriale verkoop.

Hiertoe dient de wetgever ten eerste vast te stellen *welke* rechten als gevolg van de executoriale verkoop niet langer kunnen worden ingeroepen. Het vermogensrechtelijke systeem, met de indeling in goederenrechtelijke en persoonlijke rechten, én de *prior tempore*-regel vormen hierbij het uitgangspunt. Een heldere regeling op dit punt is van belang voor de rechtszekerheid. Immers, de betrokkenen dienen op de hoogte te zijn van de gevolgen van de executoriale verkoop voor hun positie.

In vervolg hierop is het, eveneens met het oog op de rechtszekerheid, ook van belang dat degenen voor wie de executoriale verkoop gevolgen meebrengt

hiervan voldoende op de hoogte (kunnen) komen. Hiertoe zal bij het ontwerp van de wettelijke regeling moeten worden vastgelegd in hoeverre en op welke wijze deze betrokkenen worden geïnformeerd.

Daarnaast zal, uit een oogpunt van rechtsbescherming, de wetgever moeten vaststellen in hoeverre en op welke wijze de betrokkenen voor hun belangen kunnen opkomen.

Ten slotte is de inschakeling van een onafhankelijke en onpartijdige deskundige een belangrijke waarborg. Hiermee ontstaat aan controle *vooraf* op het handelen van de hypotheekhouder, in plaats van alleen controle achteraf als de betrokkene bezwaar maakt tegen een beslissing van de hypotheekhouder. Onder de huidige wettelijke regeling is hiertoe de notaris ingeschakeld.

De notaris zal zich bij de voorbereiding en uitvoering van de executoriale verkoopprocedure van zijn onafhankelijke en onpartijdige positie bewust moeten zijn. Dit uit zich vooral in een actieve informatievoorziening aan de hypotheekgever en de betrokkenen bij executoriale verkoop, zodat zij in staat zijn voor hun belangen op te komen. De notaris zal bovendien zijn rechtsbeschermende taak serieus moeten nemen en daarom steeds contact moeten proberen te zoeken met de hypotheekgever, teneinde de mogelijkheden tot het voorkomen van de executoriale verkoop te bespreken, alsmede het belang van medewerking aan deze verkoop – indien deze onvermijdelijk blijkt – te bespreken. Ook gedurende de procedure zal de notaris acht moeten slaan op het belang van de hypotheekgever, hetgeen zich voornamelijk uit in een informatieve taak en het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de hypotheekgever.

Dit alles maakt dat de notaris bij de executoriale verkoopprocedure andere taken heeft dan bij de reguliere verkoop en overdracht. De notaris is een actieve coördinator en toezichthouder. De zorgplichten van de notaris zijn hierop afgestemd. Hij moet bij de voorbereiding van de executoriale verkoopprocedure een hoge mate van zorgvuldigheid in acht nemen. Hiertoe zal hij die informatie moeten verzamelen en verstrekken, die leidt tot het uitbrengen van een reëel bod door de gegadigden. Daarnaast dient hij bij de executoriale verkoop zelf samenspanning en intimidatie te voorkomen, alsmede te voorkomen dat het goed als gevolg van andere handelingen voor een te lage prijs wordt verkocht. Ten slotte is hij verantwoordelijk voor de juiste afwikkeling van de executoriale verkoop. Bij de verdeling van de koopprijs is zijn rol een andere dan voor en tijdens de procedure: de notaris heeft dan juist een *lijdelijke* rol.

Dit alles wil niet zeggen dat de hypotheekhouder alleen acht mag slaan op zijn eigen belang. In de lagere regelgeving en jurisprudentie is de zorgplicht van de hypotheekhouder vormgegeven. Indien de hypotheekhouder te snel overgaat tot executoriale verkoop, kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad en/of strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Ook gedurende de executoriale verkoopprocedure rusten er zorgplichten op de hypotheekhouder. Een ervan houdt in dat als de hypotheekgever de mogelijkheid heeft de executoriale verkoop te voorkomen, de hypotheekhouder hem deze mogelijkheid in beginsel niet mag onthouden. Daarnaast zal de hypotheekhouder bij de executoriale verkoopprocedure, voornamelijk in het belang van de hypotheekgever, moeten streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Dit leidt ertoe dat de hypotheekhouder, waar dit nodig is voor het streven naar een hogere netto-opbrengst, zijn wettelijke bevoegdheden zal moeten inzetten teneinde een optimaal resultaat bij executoriale verkoop te behalen.

8.3 Aanbevelingen

8.3.1 Meer flexibiliteit in de wettelijke executoriale verkoopprocedure, ten behoeve van de netto-opbrengst

Meer flexibiliteit ontstaat door de procedure in de wet op hoofdlijnen vast te leggen, in plaats van gedetailleerd vast te leggen hoe de procedure moet plaatsvinden. Dit betekent concreet dat de in onderdeel 8.2.2.1 vermelde aanknopingspunten als algemene richtlijnen worden vastgelegd. Daarbij is economisch onderzoek naar de *meest geschikte wijze* van executoriale verkoop onder verschillende omstandigheden aangewezen. De uitkomsten van het onderzoeken bieden handvatten voor de notaris en de hypotheekhouder bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure.

Wel dient de wettelijke regeling de notaris en de hypotheekhouder in staat te stellen de informatie aan de geïnteresseerden tijdig en zo volledig mogelijk te verschaffen. *Tijdig* houdt in dat de geïnteresseerde bidders uiterlijk bij het uitbrengen van hun bod op de hoogte kunnen zijn van de informatie die nodig is voor het uitbrengen van een reëel bod. Ook zal de wetgeving voorschriften moeten bevatten over de aankondiging van de verkoop. Het zal aan de hypotheekhouder en de notaris moeten worden overgelaten om de voor het betreffende object meest geschikte wijze van adverteren te kiezen, teneinde de meestbiedende gegadigde te bereiken. Ook hier kan economisch onderzoek worden gedaan naar de verschillende doelgroepen en wijze om deze groepen te bereiken, om zo in de praktijk bruikbaar overzicht van de meest efficiënte en effectieve wijze van aankondiging toe te passen.

Ten slotte dient de wetgever waarborgen te creëren voor de betrokkenen, in het bijzonder de belanghebbenden, die hun rechten als gevolg van de verkoop verliezen. Hiertoe zal de wet moeten bepalen welke rechten als gevolg van de executoriale verkoop verloren gaan, op welke wijze de betrokkenen hiervan op de hoogte komen en op welke wijze zij hiertegen kunnen opkomen. Daarbij zal moeten worden aangesloten bij het algemene vermogensrechtelijke systeem. Ten aanzien hiervan verdient opmerking dat de huidige regeling hierin tekortschiet wat betreft de gevolgen van de executoriale verkoop voor gerechtigden tot de kwalitatieve verplichting, de retentor en de huurder.

8.3.2 *Wijzigingen in de onderhandse executoriale verkoopprocedure*

In de voorgaande hoofdstukken zijn vraagtekens gezet bij de huidige wettelijke regeling van onderhandse executoriale verkoopprocedure. Deze procedure biedt echter bij uitstek gelegenheid voor particulieren om te bieden. Het systeem van openbare veiling vergt wat dat betreft, in de woorden van Ferwerda e.a. ‘stalen zenuwen’ van de particulier. Uit de economische literatuur volgt dat een niet-ervaren bidder bij de *first-price sealed-bid auction* (de onderhandse executoriale verkoop) juist een goede kans heeft om te ‘winnen’, omdat een bidder direct zijn finale bod op tafel moet leggen. Om de particulier daadwerkelijk te bereiken *en* om deze procedure een goed alternatief te laten zijn voor de openbare verkoopprocedure, is een aantal wijzigingen gewenst.

Allereerst wordt meer recht gedaan aan de positie van de hypotheekgever in de executoriale verkoopprocedure als de hypotheekgever eenzelfde rol als de andere belanghebbenden wordt gegeven (vgl. art. 3:268 lid 2 BW en 548 lid 3 Rv). Dit betekent dat hij niet langer gelijk de hypotheekhouder de mogelijkheid heeft een verzoek in te dienen tot onderhandse executoriale verkoop.

Ten tweede is het gewenst een flexibelere regeling in te voeren voor de termijnen voor het vaststellen van de verkoopvoorwaarden en het vaststellen van het uiterste tijdstip van het indienen van een bod. Het verdient aanbeveling de notaris en de hypotheekhouder meer ruimte te geven en het aan hen over te laten om de termijn voor het doen van onderhandse biedingen vast te stellen. Op deze wijze kunnen zij de procedure zó inrichten, dat de voor het object meestbiedende gegadigden worden bereikt. Als de verwachting is dat het object interessant is voor de particuliere bidder én indien dit (naar verwachting) in het belang is van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, kan de executoriale verkoopprocedure worden verlengd om (waar nodig) het beheerbeding en het beding van onder zich nemen in te roepen. De woning kan dan worden klaargemaakt voor bezichtiging, er kan een taxatierapport en bouwkundig

rapport worden opgesteld en de geïnteresseerden hebben de mogelijkheid financiering voor het object mogelijk te maken.

De laatste wijziging heeft betrekking op de tussenkomst van de voorzieningenrechter en de actieve rol van de belanghebbenden. Beide aspecten betekenen een afwijking van de biedprocedure bij openbare executoriale verkoop en leiden tot vertraging van de procedure en extra kosten. Bovendien kunnen vraagtekens worden gezet bij het nut en de noodzaak ervan. Door de notaris een actievere rol toe te kennen, kan de met deze aspecten beoogde bescherming van de belanghebbenden ook worden bereikt. Dit vergt echter stevige ingrepen in de onderhandse executoriale verkoopprocedure, waardoor deze vergelijkbaar wordt met een openbare verkoop bij inschrijving.

8.3.3 Aanpassingen van het huurbeding; betere inpassing kwalitatieve verplichting en retentierecht

Het verdient voorts aanbeveling de regeling van art. 3:264 BW te wijzigen en wel zodanig dat een regeling gelijk die voor niet-inroepbare beperkte rechten ontstaat. Hierdoor zal een huurrecht dat is overeengekomen na de vestiging van het hypotheekrecht in beginsel als gevolg van de executoriale verkoop en levering vervallen (vgl. art. 3:273 BW), terwijl de huurder in ruil daarvoor een schadevergoedingsrecht met voorrang toekomt (vgl. art. 3:264 lid 7 BW) en hem een ontruimingstermijn (vgl. art. 3:264 lid 6 BW) wordt toegekend. Daarnaast wordt eenzelfde bescherming geboden als aan de beperkt gerechtigde wat betreft de informatievoorziening gedurende de executoriale verkoopprocedure en de mogelijkheden voor zijn belang op te komen. Deze positie past bij de status van het huurrecht in het vermogensrecht, terwijl zij eveneens meer recht doet aan de positie van de huurder in het vermogensrecht én het streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst beter verwezenlijkt dan met het huidige art. 3:264 BW het geval is.

In het licht van een betere inpassing in het vermogensrechtelijke systeem verdient ook de huidige wettelijke regeling ten aanzien van de kwalitatieve verplichting en het retentierecht bij executoriale verkoop aandacht. Gezien de gedachte achter de bepalingen, is aansluiting bij art. 3:273 voor de ‘posterieure’ kwalitatieve verplichting en het retentierecht aangewezen. Het resultaat hiervan zou moeten zijn dat de posterieure kwalitatieve verplichting en het retentierecht – ook een wel inroepbaar retentierecht – in beginsel *vervallen* bij executoriale verkoop (vgl. art. 3:273 BW). In ruil hiervoor deelt de retentor met een recht dat tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen mee bij de verdeling van de executieopbrengst, waarbij hem een voorrecht toekomt bij de verdeling een voorrecht (vgl. art. 60 lid 2 Fw). Ook worden de informatieverplichtingen en de

mogelijkheden om voor hun rechten op te komen die tijdens de executoriale verkoopprocedure gelden voor de belanghebbenden van overeenkomstige toepassing voor de retentor die zijn recht kan invoeren tegen de hypotheekhouder (art. 3:268 lid 2 BW jo. 546 jo. 515 lid 2, 517 en 523 Rv). Voor de retentor die zijn recht niet kan invoeren en de gerechtigde tot een posterieure kwalitatieve verplichting geldt dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van de bepalingen voor beperkt gerechtigden die hun recht niet kunnen invoeren, niet is aangewezen. Ook meedelen bij de verdeling van de executieopbrengst ligt – gezien de status van deze rechten – niet voor de hand. Wel verdient het voor de notaris en hypotheekhouder aanbeveling om, gelijk is betoogd ten aanzien van de belanghebbende, een gerechtigde tot een posterieure kwalitatieve verplichting te informeren over het verval van zijn recht door de executoriale verkoop en de mogelijkheden hiertegen op te komen.

8.3.4 Aanpassing van de risicoverdeling?

In diverse onderzoeken komt de afwijkende risicoverdeling bij executoriale verkoop naar voren als factor voor lagere opbrengsten en het wegblijven van particuliere bidders. Het is de vraag of een andere risico-regeling daadwerkelijk nodig is.

Zo zal het verbeteren van de informatievoorziening, nodig voor het uitbrengen van een reëel bod, de door Brounen en Akerlof beschreven negatieve uitwerking op de prijsvorming al voor een groot deel wegnemen. Daarnaast moet het effect op de bereidheid tot financiering door kredietverstrekkers in ogenschouw worden genomen. De bevordering van het eigenwoningbezit is sinds de Tweede Wereldoorlog een speerpunt van de Nederlandse wetgever. Door het risico geheel te verschuiven naar de hypotheekhouder, zouden hypotheekhouders voorzichtiger kunnen worden met de financiering van woonruimte. Deze gevolgen zullen bij een eventuele wetswijziging, zoals deze in het wetsvoorstel Executieveilingen wordt beoogd, in de afweging moeten worden meegenomen.

8.3.5 Aanbevelingen voor economisch onderzoek

Het verdient mijns inziens nog aanbeveling economisch onderzoek te doen ten behoeve van de meest geschikte wijze van voorbereiding en van verkoop bij de executoriale verkoop. Bij dit onderzoek dienen alle mogelijkheden van de wettelijke regeling om een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen te worden meegenomen. Daarbij denk ik onder meer aan het verkopen vrij van huur en ander gebruik; oplevering in lege staat of gemeubileerd; het mogelijk maken van bezichtiging; het aanbieden van een taxatierapport en bouwkundig rapport aan de geïnteresseerden; de wijze van aankondiging (via internet of op andere wijzen); en de gewenste biedprocedure. Dat laatste aspect verdient aandacht vanwege art. 519 Rv, dat de wijze van openbare executoriale verkoop regelt. In

een economisch onderzoek zal als gezegd geanalyseerd moeten worden welke veilingwijze geschikt is voor de verschillende objecten die worden aangeboden en de daarbij te verwachten bidders.

De uitkomst van dit onderzoek biedt een leidraad voor de uitvoering van de executoriale verkoop, waarmee aan de hand van de voor een object voorgeschreven wijze van voorbereiding kan worden gevolgd. Dit maakt een efficiënte en effectieve inrichting van de procedure mogelijk. Daarnaast kunnen de uitkomsten worden vastgelegd als richtlijnen die in beginsel moeten worden nageleefd, zodat ook voor derden – bijvoorbeeld belanghebbenden – duidelijk is waarom voor een bepaalde wijze is gekozen. Bovendien biedt de uitkomst van het onderzoek ook mogelijkheden voor verantwoording ná de executoriale verkoop. De keuzes die de notaris en de hypotheekhouder in de voorbereidingsfase hebben gemaakt, kunnen aan de hand van het onderzoek worden verantwoord, bijvoorbeeld bij een procedure die door een betrokkene wordt aangespannen met een beroep op een te lage opbrengst.

Een zodanig onderzoek kan, teneinde steeds aan te sluiten bij de nieuwste ontwikkelingen, eens in de paar jaar plaatsvinden.

Samenvatting

In dit onderzoek staat de executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken door de hypotheekhouder centraal. Het is inmiddels meer dan twintig jaar geleden dat de wetgeving met betrekking tot deze procedure is ingevoerd. Diverse ontwikkelingen doen de vraag opkomen of deze wetgeving tegenwoordig de optimale executoriale verkoopprocedure die leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bevat. Zo blijkt uit diverse mediaberichten en onderzoeken dat de opbrengst door verschillende oorzaken te laag is. Daarnaast bestaat behoefte aan het gebruik van moderne communicatiemiddelen en een toekomstbestendige procedure, een behoefte waaraan door de huidige regeling onvoldoende kan worden voldaan. Ten derde neemt het aantal executoriale verkopen de laatste jaren toe. Deze ontwikkelingen vormen de aanleiding voor dit onderzoek, dat als eerste de gehele wettelijke executoriale verkoopprocedure systematisch vanuit juridisch perspectief beschouwt. Hiertoe is de huidige wettelijke regeling grondig geanalyseerd, waarbij niet alleen de knelpunten, maar ook het ontstaan van de regeling, de regeling zelf en vergelijkbare regelingen in het buitenland zijn onderzocht.

Na een introductie van het onderwerp van en de aanleiding voor dit onderzoek in het *eerste* hoofdstuk, bevat het *tweede* hoofdstuk de historische analyse van het hypotheek- en verhaalsrecht. Hieruit komt naar voren dat het hypotheekrecht sinds zijn intrede in de elfde eeuw belangrijke ontwikkelingen heeft doorgemaakt, die alle in meer of mindere mate de procedure tot verhaal van de vordering in geval van verzuim van de schuldenaar beïnvloedden. Een voor het verhaalsrecht belangrijke ontwikkeling is dat het vervalpand, waarbij het goed bij verzuim in eigendom vervalt aan de schuldeiser, in de zeventiende eeuw plaats heeft gemaakt voor een verkoop pand. Dit laatste houdt in dat, indien de schuldenaar in verzuim is, de hypotheekhouder zich het verbonden goed niet langer kan toe-eigenen om zo zijn vordering voldaan te krijgen, maar dient over te gaan tot executoriale verkoop.

De wijze waarop deze verkoop plaatsvindt, heeft zich in de loop der tijd – met de ontwikkeling van het hypotheekrecht naar een krachtig zekerheidsrecht – ontwikkeld naar een steeds efficiëntere en effectievere procedure. De invoering van het beding van eigenmachtige verkoop in 1834 gaf de eerste hypotheekhouder de mogelijkheid op relatief snelle en eenvoudige wijze tot verkoop over te gaan en werd daarmee een aantrekkelijk alternatief voor de gerechtelijke verkoop. Hier deed ook de notaris als toezichthouder en coördinator van de procedure zijn intrede. Al snel bleek dat ook andere schuldeisers aan een dergelijke procedure behoefte hadden, waaraan met de *Lex Hartogh* tegemoet

werd gekomen. De invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 bracht de volgende stap. Daarin is voor iedere hypotheekhouder een recht van parate executie vastgelegd, waardoor een enkel verzuim voldoende is voor de bevoegdheid tot executoriale verkoop. Ook werd een alternatieve verkoopprocedure ingevoerd: de onderhandse executoriale verkoop. De redenen hiervoor waren tegemoet te komen aan de behoefte aan een verkoopprocedure voor grote gebouwencomplexen en de tegenvallende opbrengsten van de openbare veiling. Voorts is bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek en de aansluitende wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de procedure van executoriale verkoop op een aantal punten vereenvoudigd en is aan de hypotheekhouder en notaris meer ruimte gegeven voor het inrichten van de procedure.

In het *derde* hoofdstuk staan de ontwikkelingen die zich na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 hebben voorgedaan centraal. Deze ontwikkelingen komen voort uit de voornamelijk negatieve berichtgeving over de openbare veiling in krantenberichten en vakliteratuur, waarin prijsafspraken, samenspanning en intimidatie tijdens de openbare executoriale verkoop ('de executie-veiling') aan de orde kwamen. Deze berichtgeving leidde tot een aantal onderzoeken naar de executieveiling.

Uit deze onderzoeken kwamen de volgende knelpunten naar voren: de afwijkende risicoverdeling, de vergaande huurbescherming en het misbruik daarvan, de geringe transparantie van het veilingsysteem voor nieuwkomers, de vatbaarheid van het veilingsysteem voor samenspanning en intimidatie, de asymmetrische informatievoorziening ten aanzien van de staat van onderhoud en de kostenstructuur. In het derde hoofdstuk is deze problematiek ingedeeld op twee niveaus; het macroniveau van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoop en het microniveau van uitvoering van deze regelgeving. Deze indeling is gemaakt ten behoeve van de analyse van de problematiek in de volgende hoofdstukken.

De negatieve berichtgeving over de executoriale verkoop vormde ook aanleiding voor diverse initiatieven tot verbetering van de procedure in de praktijk en aandacht voor de problematiek in de politiek. Voor een goed beeld van deze ontwikkelingen en de huidige stand van zaken zijn de praktijkinitiatieven en politieke ontwikkelingen ook in het derde hoofdstuk besproken. In de praktijk leidde de regionalisering tot grotere, centraal georganiseerde veilingen om het risico op samenspanning en andere vormen van prijsbeïnvloeding te verminderen. Tevens is de veilingprocedure door formalisering en uniformering geprofessionaliseerd.

In de politiek is vanaf de eerste berichtgeving over de veiling in Kamervragen, moties en een interpellatiedebat aangedrongen op politiek ingrijpen. Dit leidde uiteindelijk tot het verschijnen van het wetsvoorstel ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken’, dat op 22 november 2012 is aangeboden aan de Tweede Kamer. De wijzigingen in het wetsvoorstel zijn in dit onderzoek op verschillende plaatsen besproken.

Het *vierde* hoofdstuk bevat een nadere uitwerking van het hoofddoel van de executoriale verkoop, het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Dit hoofdstuk biedt daardoor de uitgangspunten voor de analyses in de volgende hoofdstukken. Hiertoe zijn allereerst de redenen voor het hoofddoel op twee niveaus – het micro- en het macroniveau – besproken.

Op micro- of uitvoeringsniveau is het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst uiteraard in het belang van de hypotheekhouder die overgaat tot verhaal van zijn vordering. De reden dat het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst als hoofddoel geldt is echter met name gelegen in het feit dat hierbij ook anderen zijn gebaat. Ten eerste die hypotheekgever die als gevolg van de executoriale verkoop zijn eigendomsrecht verliest, maar in ruil daarvoor recht heeft op de restant-opbrengst na verdeling onder de in de wet vermelde schuldeisers (dan wel voor wie een lagere schuld resteert). Ten tweede de belanghebbenden, dat zijn de betrokkenen van wie het recht teniet gaat of vervalt als gevolg van de executoriale verkoop en die in ruil daarvoor een recht krijgen in beginsel mee te delen in de opbrengst. Voorts profiteren onder omstandigheden ook andere betrokkenen, zoals de huurder tegen wie het huurbeding met succes wordt ingeroepen (art. 3:264 lid 7 BW) en de Stichting Waarborgfonds Eigen Woning, van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst.

Voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst is flexibiliteit in de wettelijke regeling van belang. Flexibiliteit houdt in dat de notaris en hypotheekhouder steeds in staat zijn de procedure onder de gegeven omstandigheden zó in te richten, dat zij leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure moeten de notaris en hypotheekhouder ook acht slaan op het belang van de betrokkenen om voor hun rechten op te komen, omdat de procedure voor hen grote gevolgen kan meebrengen. Dit uit zich met name in een informatieverplichting aan de betrokkenen gedurende de procedure. De belanghebbenden nemen hierbij een bijzondere positie in. Hun belang bij informatie over de executoriale verkoopprocedure is daarom wettelijk vastgelegd én zij hebben extra mogelijkheden om

op te komen voor hun rechten tijdens de procedure (art. 3:268 lid 2 BW jo. 546 jo. 515 lid 2, 517 en 523 Rv).

Op macroniveau is het streven naar opbrengstmaximalisatie van belang in verband met de hypothecaire financiering voor de aankoop van woonruimte. Voor het streven van de overheid naar eigenwoningbezit is financiering met hypothecaire zekerheid van groot belang. Dit belang wordt gediend door de financier uitzicht te bieden op een efficiënte en effectieve wijze van verhaal die hem zo veel mogelijk zekerheid biedt dat zijn vordering uit de opbrengst voldaan kan worden, in het geval de hypotheekgever zijn verplichtingen niet nakomt. Door ook op macroniveau een zo hoog mogelijke netto-opbrengst na te streven, wordt dan ook in het belang van de kredietverlening gehandeld.

Naast het scheppen van randvoorwaarden voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, dient de wettelijke regeling ook waarborgen voor de betrokkenen te bevatten. Deze waarborgen houden in dat de positie van de betrokkene bij executoriale verkoop duidelijk in de wetgeving is vastgelegd of daaruit kan worden afgeleid, dat zij worden geïnformeerd tijdens de executoriale verkoopprocedure en dat duidelijk is in hoeverre en op welke wijze zij voor hun belang op kunnen komen.

Er is een zeker spanningsveld tussen de behoefte aan flexibiliteit enerzijds en het bieden van waarborgen voor betrokkenen anderzijds. Dit spanningsveld kan voor een deel worden weggenomen door regelgeving op metaniveau, wat inhoudt dat de verschillende betrokkenen bij de executoriale verkoopprocedure regels vastleggen voor de executoriale verkoop van een bepaalde categorie objecten.

In het vierde hoofdstuk zijn ook de aanwijzingen voor de executoriale verkoopprocedure, aan de hand waarvan een zo hoog mogelijke netto-opbrengst kan worden behaald, uitgewerkt: de verkoop dient plaats te vinden op de meest geschikte wijze, na de beste voorbereiding en aan de meest biedende gegadigde. Uit een analyse van de wettelijke regeling aan de hand van deze aanwijzingen blijkt dat de huidige wettelijke regeling niet steeds de ruimte biedt die nodig is om de executoriale verkoopprocedure in de praktijk volgens deze aanwijzingen in te richten. De wetgeving is derhalve te weinig flexibel om de notaris en hypotheekhouder daadwerkelijk in staat te stellen een zo hoog mogelijke netto-opbrengst te behalen.

In het *vijfde* hoofdstuk staat de executoriale verkoopprocedure op microniveau centraal. Hier zijn in de eerste plaats de zorgplichten van de notaris en de

hypotheekhouder bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure besproken.

Voor de notaris geldt dat zijn zorgplichten – vanwege de bijzonderheden bij de executoriale verkoop – verdergaand en zwaarder zijn dan bij de reguliere registergoedtransactie. In de eerste plaats heeft de notaris een eigen verantwoordelijkheid om te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Dit is een inspanningsverplichting, die de leidraad vormt voor de notaris bij zijn werkzaamheden ten behoeve van de executoriale verkoop. Daarnaast heeft de notaris een belangrijke zorgplicht ten opzichte van de betrokkenen bij de executoriale verkoop, met name de hypotheekgever. Deze zorgplicht uit zich in een verplichting tot informatievoorziening, maar ook in een verplichting de belangen van de hypotheekgever gedurende de procedure te behartigen. Ten aanzien van de andere betrokkenen heeft de notaris voornamelijk een verplichting tot informatievoorziening. Ook dient hij in hun belang zorg te dragen voor heldere en objectieve veilingvoorwaarden, zoals waar het de rechten van de betrokkenen betreft die (mogelijk) worden doorgegeven aan de koper.

Voorts heeft de notaris de verplichting de beste voorbereiding in acht te nemen om de voor het object naar verwachting meest biedende gegadigde te bereiken en te informeren, ten behoeve van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Bij zijn onderzoek voorafgaande aan de executoriale verkoop en het verstrekken van informatie over deze verkoop aan (potentiële) bidders dient de notaris een hoge mate van zorgvuldigheid in acht te nemen.

Voor de hypotheekhouder geldt dat hij op grond van de wet bij een enkel verzuim reeds tot executoriale verkoop mag overgaan. Dit is een verstrekkende bevoegdheid die op grond van lagere regelgeving en in de jurisprudentie wordt ingeperkt.

Als het komt tot een executoriale verkoop, dient de hypotheekhouder bij de uitvoering ook rekening te houden met de belangen van de andere betrokkenen. Deze zorgplicht houdt in dat hij streeft naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst. Op grond hiervan kan de hypotheekhouder gehouden zijn gebruik te maken van zijn wettelijke bevoegdheden (zoals het inroepen van het huurbeding), indien dit naar verwachting leidt tot een hogere netto-opbrengst. Daarnaast dient de hypotheekhouder ook gedurende de executoriale verkoop, gezien de verstrekkende gevolgen ervan voor de hypotheekgever, de belangen van de hypotheekgever te waarborgen. Dit houdt in dat indien de verkoop nog voorkomen kan worden, hij in beginsel gehouden is de hypotheekgever hiertoe de gelegenheid te geven.

In het vijfde hoofdstuk is ook aandacht besteed aan de gevolgen van overtreding van de formaliteiten met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure. Hoewel strikte naleving in beginsel is aangewezen, kan bij de uitvoering van de executoriale verkoopprocedure sprake zijn van niet- of niet juiste naleving van een van de formaliteiten. Het is dan de vraag welke gevolgen hieraan moeten worden verbonden, alsmede welke herstel mogelijkheden bestaan. Bij de beantwoording van deze vragen speelde de strekking van de voorschriften een belangrijke rol.

Uit de analyse komt voren dat in veel gevallen een schadevergoeding volstaat en dat geen andere gevolgen worden verbonden aan niet- of niet juiste nakoming. Veelal leidt het verzetten van de executoriale verkoop namelijk tot (te) hoge kosten en het (te) ver oplopen van de achterstand, hetgeen de netto-opbrengst niet ten goede komt. Niet-naleving van de dertigdagentermijn (art. 546 jo. 516 lid 1 Rv), het voorschrift van het vaststellen en de publicatie van de veilingvoorwaarden (art. 517 lid 1 Rv), het voorschrift van openbaarheid (art. 3:268 BW jo. 546 jo 519 Rv) en het voorschrift van het doorsturen van onderhandse biedingen aan de hypotheekhouder (art. 547 lid 3 Rv) vormen hierop in beginsel belangrijke uitzonderingen. Overtreding van deze voorschriften kan leiden tot nietigheid van de executoriale verkoop, waardoor geen overdracht aan de koper kan plaatsvinden en de verkoopprocedure opnieuw moet worden opgestart.

In het zesde hoofdstuk staat de executoriale verkoopprocedure op macroniveau centraal. Bij de bespreking zijn diverse aspecten van de wettelijke regeling ten aanzien van het hypotheekrecht en de bevoegdheid tot executoriale verkoop en overdracht aan een analyse onderworpen. Deze analyse illustreert de bevoegdheden van de hypotheekhouder bij verhaal van zijn vordering, alsmede de grenzen waaraan hij gebonden is. Hiermee biedt de analyse houvast bij de bespreking van de wenselijke wijzigingen in de wettelijke regeling.

Als eerste is de reden voor en de rechtvaardiging van het toekennen van een recht van parate executie aan de hypotheekhouder besproken. Deze reden moet worden gezocht in het belang van kredietverstrekking voor de aankoop van onroerende zaken, op grond waarvan de hypotheekhouder een efficiënte en effectieve procedure in het vooruitzicht wordt gesteld. De rechtvaardiging voor het recht van parate executie vormen de vrijwillige zelfbeschikking en de publicatie van het hypotheekrecht in de openbare registers.

Ten tweede is ingegaan op de grondslag voor de bevoegdheid van de hypotheekhouder tot verkoop en overdracht. De hypotheekhouder heeft een zelfstandige bevoegdheid tot verkoop en overdracht op grond van art. 3:227 jo. 3:268 BW. Deze grondslag bepaalt ook de grens voor zijn bevoegdheid; alleen voor zover de hypotheekhouder verhaal uitoefent, is hij bevoegd het goed van de hypotheekhouder te verkopen en leveren.

Vervolgens zijn de mogelijkheden tot verhaal nader uitgewerkt, aan de hand van de ratio voor het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en het verbod tot een andere wijze van verhaal (art. 3:268 lid 5 BW). Bij deze bespreking is ook aan de orde gekomen in hoeverre de verkoop op grond van een onherroepelijke volmacht in strijd komt met de strekking van deze verbodsbepalingen. Dit zal niet snel het geval zijn, maar bij verkoop tegen een aantoonbaar te lage prijs of bij het tekenen van een volmacht door de hypotheekgever die in een afhankelijke positie verkeert, kan sprake zijn van nietigheid wegens strijd met de goede zeden dan wel misbruik van bevoegdheid.

In het zesde hoofdstuk is ook de wettelijke regeling met betrekking tot de overgang van rechten en verplichtingen bij executoriale verkoop beschouwd. Hieruit blijkt dat de huidige wettelijke regeling ten aanzien van enkele rechten inconsequent is. Het gaat om de regelingen van de gevolgen van de executoriale verkoop voor de kwalitatieve verplichting, het retentierecht én het huurrecht, die om deze reden verduidelijking en een betere inpassing in het vermogensrechtelijke systeem verdienen.

Wat betreft de positie van de huurder bij executoriale verkoop is aanpassing van de wettelijke regeling temeer geboden, omdat de huidige regeling een onnodige gerechtelijke procedure in de executoriale verkoopprocedure bevat, waardoor de kosten en lengte van de procedure onnodig oplopen. Bovendien werkt de procedure misbruik in de hand.

Het laatste onderdeel van hoofdstuk 6 bevat de analyse van een tweetal bedingen die voor het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst nuttig kunnen zijn: het beheerbeding en het beding van onder zich nemen (art. 3:267 BW). Deze analyse vindt mede plaats in verband met de thans bestaande onduidelijkheid over de invulling van de bevoegdheden op grond van de bedingen en de procedure voor het invoeren ervan. Betoogd is dat de bevoegdheden en verantwoordelijkheden op grond van de bedingen als volgt kunnen worden geduid. Het beheerbeding kan worden ingeroepen om waardedaling van het onderpand te voorkomen, terwijl het beding van onder zich nemen een functie verricht ten behoeve van opbrengstverhogende activiteiten voorafgaande aan de executoriale verkoop. Omdat het beding van onder zich nemen pas kan worden ingeroepen nadat de executoriale verkoopprocedure is ingezet door aanzegging, is voor het invoeren van dit beding geen machtiging van de voorzieningenrechter nodig. Voorts kunnen deze bedingen tegen een ieder die zich in de woning bevindt worden ingeroepen. De hypotheekhouder die gebruik maakt van zijn bevoegdheden op grond van de bedingen, is verantwoordelijk voor het door hem gevoerde beheer en de door

hem tot de woning toegelaten personen. Een risico-overgang vindt in mijn ogen echter niet plaats.

Het *zevende* hoofdstuk bevat de uitkomsten van een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek dat is uitgevoerd naar de executoriale verkoopprocedure in België, Bulgarije, Duitsland, Hongarije, Italië, Roemenië en Spanje. Hoewel enige voorzichtigheid moet worden betracht met het trekken van conclusies uit dit verkennende onderzoek, kunnen toch enige interessante resultaten worden vermeld.

De executoriale verkoopprocedures in de EU-lidstaten verschillen sterk, zo blijkt ook uit het onderhavige rechtsvergelijkende onderzoek. Niet alleen de wetgeving verschilt, maar ook de effectiviteit en efficiëntie van de procedures. Zo springt de Nederlandse procedure er met name qua lengte en flexibiliteit positief uit. De kosten van de procedure zijn gemiddeld. Deze positieve punten dienen ook voor toekomstige wetwijzigingen goed voor ogen te worden gehouden. De conclusie is minder positief waar het de opbrengst van de executoriale verkoop betreft. Dit onderstreept eens te meer het belang van dit onderzoek naar de wijze waarop bij de executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden.

Voorts kan uit het rechtsvergelijkende onderzoek inspiratie worden opgedaan voor aanpassingen in de Nederlandse regeling. Zo kent de Hongaarse procedure sinds enige jaren een internetveilsysteem. Nadere analyse daarvan kan bruikbare aanknopingspunten voor de Nederlandse procedure van executoriale verkoop via internet opleveren, temeer nu één van de redenen voor de invoering van het internetveilsysteem in Hongarije overeenstemt met die in Nederland: het voorkomen van corruptie en onbillijke verkoop. Voor de noodzakelijke aanpassingen in het huurbeding kunnen de procedures in de ons omringende landen eveneens inspiratie bieden. In de onderzochte landen lijkt de regeling aangaande de huurovereenkomst bij executoriale verkoop namelijk aanzienlijk eenvoudiger dan in Nederland. *Of* de huurovereenkomst eindigt wél bij executoriale verkoop, *of* deze eindigt niet. Bovendien is het de *koper* die actie moet ondernemen voor het vernietigen van de huur bij executoriale verkoop en niet de hypotheekhouder.

Het *achtste* hoofdstuk bevat de belangrijkste conclusies die uit de voorgaande hoofdstukken volgen.

Summary

This study focuses on the procedure for sales under execution of real estate by mortgage lenders. The legislation relating to this procedure has now been in force for over twenty years. Because of several developments, the question arises whether this legislation still ensures the best possible procedure for a sale under execution, leading to the highest possible net proceeds. Several media reports and studies have shown that for various reasons the proceeds are generally too low. In addition, the need is felt for the use of modern means of communication and a future-proof procedure, and this need cannot be met to a sufficient degree by the present provisions. Thirdly, over the past years there has been an increase of the number of sales under execution. These developments prompted this study, which is the first to systematically examine the entire statutory procedure for sales under execution from a legal point of view. For this purpose the current legislation was analysed thoroughly; not only the problems were examined, but also the development of the regulations, the regulations themselves and comparable regulations in other countries.

After the subject matter is introduced and the factors that prompted this study are explained in the *first* chapter, the *second* chapter presents a historical analysis of mortgage law and right-of-recovery law. It shows that since its first appearance in the eleventh century mortgage law has undergone significant developments, all of which affected – to some degree – the procedure for recovering the claim if the debtor is in default. One development which is important with regard to right of recovery is that in the seventeenth century the concept of ‘vervalpand’ was replaced by that of ‘verkoop pand’. In other words, if the debtor is in default, the mortgage lender can no longer repossess the mortgaged property in order to recover the claim (‘vervalpand’), but must sell the property under execution (‘verkoop pand’).

Over the years, as the mortgage evolved into a powerful security interest, the procedure for such sales became increasingly efficient and effective. The introduction of the power-of-sale clause in 1834 enabled the first mortgage lender to sell the property relatively quickly and easily and was therefore an attractive alternative to a judicial sale. It was also at this point that civil law notaries assumed their role as supervisors and coordinators of the procedure. It soon became apparent that other creditors also felt the need for a procedure of this kind, and this need was met by the *Lex Hartogh*. The introduction of the Dutch Civil Code in 1992 brought the next step; it established a right to summary execution for every mortgage lender, so that a single default is enough to authorize the lender to sell the property under execution. An alternative

procedure for sales was also introduced: a private sale under execution. The reasons for this were to satisfy the need for a sales procedure for big building complexes and because of the disappointing results of public auctions. The Civil Code and the amendments to the Code of Civil Procedure that accompanied its introduction also simplified several aspects of the procedure for sales under execution and gave the mortgage lender and the civil law notary more leeway in arranging the procedure.

The *third* chapter focuses on the developments which took place after the introduction of the Dutch Civil Code in 1992. These developments arose from mainly negative reports about public auctions in newspapers and specialist literature, which discussed price-fixing agreements, collusion and intimidation during public sales by execution. These reports led to a number of studies of public sales by execution.

These studies revealed the following problem areas: irregular risk distribution, far-reaching tenant protection and abuse of that protection, lack of transparency in the auction system for the uninitiated, the susceptibility of the auction system to collusion and intimidation, and asymmetrical provision of information relating to state of repair and cost structure. In the third chapter these problems are discussed at two different levels: the macro level of regulations regarding sales under execution and the micro level of the implementation of these regulations. This division was made to facilitate the analysis of the problems in the following chapters.

The negative reports about sales under execution also prompted various initiatives to improve the procedure in practice and drew political attention to the problems. To give a good impression of these developments and the present state of affairs, the third chapter also discusses these initiatives to improve actual practice and the political developments. In practice, regionalization led to bigger, centrally organized auctions in order to reduce the risk of collusion and other forms of price influencing. Formalization and standardization of the auction procedure also made it more professional.

As soon as the first reports about auctions appeared, political pressure for government intervention was exerted through parliamentary questions and motions, and during question time. Eventually this led to the appearance of a bill for an ‘Amendment to the Code of Civil Procedure and the Civil Code for the purpose of making the sale of real estate under execution more transparent and accessible to a wider public’, which was submitted to the Dutch House of Representatives on 22 November 2012. The amendments in this bill are discussed at various points in this study.

The *fourth* chapter contains a more detailed discussion of the main objective of a sale under execution, namely to obtain the highest possible net proceeds. This chapter therefore establishes the starting points for the analyses in the following chapters. For this purpose, first the reasons for the main objective are discussed at two levels – the micro level and the macro level.

At the micro level – the implementation level – obtaining the highest possible proceeds is obviously in the interests of the mortgage lender who is attempting to recover a claim. However, the reason why obtaining the highest possible proceeds is regarded as the main objective is because it also benefits other parties. Firstly the mortgager, who loses ownership rights as a result of the sale under execution, but in exchange is entitled to the remainder of the proceeds after the creditors referred to by law have been paid, or at least ends up with a lower debt. Secondly, other stakeholders ('belanghebbenden'), that is, parties whose rights are extinguished as a result of the sale under execution and who, in exchange for those rights, are in principle entitled to share in the proceeds. In certain circumstances other parties also benefit from maximum net proceeds, for example a tenant against whom the letting clause has been successfully invoked (Article 3:264.7 Dutch Civil Code) or the Home Ownership Guarantee Fund ('Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen').

An important factor in obtaining the highest possible net proceeds is flexibility in the statutory provisions. Flexibility means that in the given circumstances the civil law notary and the mortgage lender are always able to arrange the procedure in such a way that it leads to the highest possible net proceeds. When implementing the procedure for a sale under execution, the civil law notary and the mortgage lender must also acknowledge the interests of the other parties involved, since the procedure may have major consequences for them. In particular, this means that they have an obligation to provide the other parties involved with information during the procedure. The other stakeholders ('belanghebbenden') have a special position; their interests in being properly informed about the procedure for sale under execution have therefore been laid down in law, and they also have an extra opportunity to protect their rights during the procedure (Article 3:268.2 Civil Code in conjunction with Articles 546, 515.2, 517 and 523 Code of Civil Procedure).

At the macro level, obtaining the maximum proceeds is important in connection with mortgage financing for the purchase of housing. Financing with mortgage collateral is an extremely important element of the Dutch government's efforts to encourage home ownership. This interest is served by providing mortgage lenders with an efficient and effective method of recovery which gives them as

much certainty as possible that their claims can be recovered from the proceeds if borrowers fail to meet their obligations. Efforts at the macro level to obtain the highest possible proceeds therefore serve the interests of credit provision.

As well as establishing facilitating conditions for obtaining the highest possible net proceeds, the statutory provisions should also contain safeguards for the stakeholders. These safeguards mean that the stakeholder's position in the event of a sale under execution is laid down clearly in the legislation or can be inferred from it, that stakeholders are provided with information during the procedure for the sale under execution and that it is clear how and to what extent they can protect their rights.

There is a certain incompatibility between the need for flexibility and the provision of safeguards for stakeholders. This can be resolved to a certain degree by regulation at the meta-level, which means that the various parties involved in the procedure for sales under execution establish rules for the sale under execution of a certain category of items.

The fourth chapter also specifies the factors which ensure that the procedure for a sale under execution will lead to the highest possible net proceeds: the sale must take place in the most appropriate way, after the best possible preparation and be made to the highest bidder. An analysis of the statutory provisions on the basis of these factors shows that the current statutory provisions do not always provide the leeway required to arrange the procedure for sales under execution in accordance with these factors. This means that the legislation is insufficiently flexible to enable civil law notaries and mortgage lenders to obtain the highest possible net proceeds.

The *fifth* chapter focuses on the procedure for sales under execution at the micro level. It mainly discusses the duty of care of the civil law notary and the mortgage lender in conducting the procedure for a sale under execution.

Because of the specific nature of sales under execution, the civil law notary's duty of care goes further and is more exacting than in the case of standard property transactions. In the first place, civil law notaries are personally responsible for attempting to obtain the highest possible net proceeds. This is a 'best efforts' obligation, which must guide civil law notaries in the work they do for a sale under execution. In addition, the civil law notary has an important duty of care as regards the stakeholders in a sale under execution, particularly the mortgager. This duty of care consists not only of an obligation to provide information, but also an obligation to promote the interests of the mortgager during the procedure. As regards the other stakeholders, the civil law notary's

main duty is provide information. In their interests, the civil law notary must also ensure that the terms and conditions of the auction are clear and objective, for instance regarding the extent to which the rights of the stakeholders will be passed on to the buyer.

The civil law notary also has a duty to make such preparations that the party that can be expected to be highest bidder for the item is well apprised and to provide them with information, in the interests of obtaining the highest possible net proceeds. Civil law notaries must exercise the utmost care during their investigations preceding the sale under execution and when providing information about the sale to potential bidders.

By law the mortgage lender is entitled to sell the property under execution in the event of a single default. This is a far-reaching power which is constrained by secondary regulations and case law.

In the event of a sale under execution, the mortgage lender must take the interests of the other parties involved into account. This duty of care means that the mortgage lender must attempt to obtain the highest possible net proceeds. Because of this, mortgage lenders may be obliged to make use of their statutory powers (such as invoking the letting clause) if this can be expected to lead to higher net proceeds. In addition, in view of the far-reaching consequences of a sale under execution for the mortgager, during that sale the mortgage lender must safeguard the mortgager's interests. This means that if there is any way to prevent the sale, in principle the mortgage lender must give the mortgager the opportunity to do so.

The fifth chapter also examines the consequences of non-compliance with the formalities associated with the procedure for a sale under execution. Although in principle strict compliance is required, it sometimes happens that in the procedure for sale under execution a formality has not been complied with or not correctly complied with. The question then arises what the consequences are and what can be done to rectify the situation. In answering these questions, the content of the provision in question plays an important role.

The analysis shows that in many cases compensation is sufficient and no further consequences are attached to non-compliance or incorrect compliance. The reason for this is that rescheduling the sale under execution usually leads to excessively high costs and excessive increase in arrears, which does not bode well for the net proceeds. In principle, the thirty-day period (Article 546 and 516.1 Code of Civil Procedure), the provision about establishing and publishing the terms and conditions of the auction (Article 517.1 Code of Civil Procedure), the provision about public access (Article 3:268 Civil Code in conjunction with Articles 546 and 519 Code of Civil Procedure) and the provision about passing

SUMMARY

on private offers to the mortgager (Article 547.3 Code of Civil Procedure) are important exceptions to this. Non-compliance with these rules may lead to nullity of the sale under execution, so that the property cannot be transferred to the buyer and the sale procedure will have to start all over again.

The *sixth* chapter focuses on the procedure for a sale under execution at the macro level. The discussion analyses various aspects of the statutory provisions regarding mortgage law and the power to sell property under execution and transfer its ownership. This analysis illustrates the powers of mortgage lenders to recover their claims and also the constraints to which they are bound. The analysis provides a frame of reference for discussing desirable amendments to the statutory provisions.

The first matter discussed is the reason and justification for granting the right of summary execution to mortgage lenders. This reason has to do with the importance of credit provision for buying real estate, for the sake of which mortgage lenders are given the prospect of an efficient and effective procedure. The justification of the right of summary execution lies in voluntary self-determination and the publication of mortgages in the public records.

The second topic of discussion is the basis for the mortgage lender's power to sell and transfer title of property. The mortgage lender has an independent power to sell and transfer property by virtue of Articles 3:227 and 3:268 of the Dutch Civil Code. These provisions also determine the limits of the mortgage lender's powers; mortgage lenders only have the power to sell and transfer title of property to the extent that they are recovering a claim.

Then the possibilities for recovery are discussed in greater detail on the basis of the rationale behind the ban on appropriation (Article 3:235 Dutch Civil Code) and the ban on any other method of recovery (Article 3:268.5 Dutch Civil Code). Another topic raised is the extent to which a sale pursuant to an irrevocable power of attorney is at odds with the intention of these bans. This is not very likely to be the case, but if property is sold for a price which is demonstrably too low or on the basis of a power of attorney signed by a mortgager in a dependent position, the sale may be nullified on the grounds of being contrary to public morality or an abuse of power.

The sixth chapter also examines the statutory provisions relating to the transfer of rights and duties in a sale under execution. It shows that in relation to some rights the current statutory provisions are inconsistent. The provisions in question relate to the consequences of a sale under execution for obligations attached to a certain property, rights of retention and also tenancy rights; these rights should therefore be made clearer and be better integrated into the property-law system.

As regards the position of tenants in the event of a sale under execution, changes to the statutory provisions are certainly required, because the current regulations entail unnecessary court proceedings in the procedure, which unduly increase its costs and duration. Moreover, the procedure is conducive to abuse.

The last section of chapter 6 contains an analysis of two clauses which can help to obtain the highest possible net proceeds: the administration clause and the ‘taking charge’ clause (Article 3:267 Dutch Civil Code). One reason for conducting this analysis was the current lack of clarity regarding the powers that can be derived from these clauses and the procedure for invoking them. The conclusion is that the powers and responsibilities proceeding from these clauses can be interpreted as follows. The administration clause can be invoked to prevent a decline in value of the asset, while the taking charge clause helps by facilitating activities preceding the sale which will increase the proceeds. Because the taking charge clause can only be invoked after notice has been given that the sale will take place, no court order from the provisional relief court is required. These clauses can be invoked against any person located in the dwelling. Mortgage lenders who exercise their powers to invoke these clauses are liable for the administration of the property and for individuals given access by them to the property. However, in my opinion there is no transfer of risk.

The *seventh* chapter presents the outcomes of an explorative comparative study of procedures for sale under execution in Belgium, Bulgaria, Germany, Hungary, Italy, Romania and Spain. Although some prudence is necessary when drafting conclusions from this explorative study, some interesting results can be mentioned.

This comparative study shows that procedures for sale under execution vary considerably in the EU member states. Not only the legislation varies, but also the effectiveness and efficiency of the procedures. For instance, the Dutch procedure is particularly favourable as regards duration and flexibility. The costs of the procedure are average. These positive points should be borne in mind in connection with any future amendments to the legislation. The conclusion is less positive as regards the proceeds of sales under execution. Once again, this highlights the importance of this study of ways to ensure that the highest possible net proceeds are obtained in sales under execution.

The comparative study can also serve as a source of inspiration for adaptations in the Dutch regulations. For instance, for several years the Hungarian procedure has involved an internet auction system. A more detailed analysis of this system might reveal useful tips for a Dutch procedure for sale under execution through the internet, especially since one of the reasons for the introduction of the

SUMMARY

internet auction system in Hungary is the same as it would be in the Netherlands: to prevent corruption and unfair sales. The procedures in neighbouring countries might also provide inspiration for the adaptations needed in the letting clause; in the countries examined, the regulations relating to tenancy agreements in the event of a sale under execution seem to be considerably simpler than in the Netherlands. Either the tenancy agreement is terminated in the event of a sale under execution, or it is not. Moreover, it is the buyer who must take action to terminate tenancy in the event of sale under execution, not the mortgage lender.

The *eighth* chapter contains the most important conclusions that can be drawn from the preceding chapters.

Literatuurlijst

A

- Van der Aa 2007
M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement. Een onderzoek naar enkele materieelrechtelijke aspecten van de afkoelingsperiode tijdens het faillissement van een onderneming naar huidig en mogelijk komend insolventierecht* (diss. Groningen), 2007
- Akerlof 1970
G.A. Akerlof, 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *The Quarterly Journal of Economics* 1970 (84) nr. 3, p. 488-500
- Van den Akker 2004
E.J.A.M. van den Akker, 'Notaris en zorgplicht jegens derden', *WPNR* (6586) 2004, p. 587-591
- Van den Akker 2001
E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 2001
- Albers-Dingemans 2011
R.L. Albers-Dingemans, 'De rol van de notaris bij de executoriale verkoop van onroerende zaken', *WPNR* (6882) 2011, p. 341-348
- Albers-Dingemans 1998
R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: R.L. Albers-Dingemans e.a., *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (KNB-Preadvies 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998
- Asbreuk-van Os 1994
M.M. Asbreuk-van Os, 'Nogmaals de onderhandse executoriale verkoop van een verhypothekerd goed', *WPNR* (6152) 1994, p. 653-660
- Asbreuk-van Os 1992
M.M. Asbreuk-van Os, 'Onderhandse executoriale verkoop van een verhypothekerd goed', *WPNR* (6048) 1992, p. 343-345
- Asser 1838
C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon* (nagelaten werk van mr. C. Assers, uitgegeven door L. Asser en C.D. Asser), 's-Gravenhage en Amsterdam: Gebroeders Van Cleef 1838
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-VI*)
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 6-VI*. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 6-III*. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010
- Asser/Hijma 2007 (5-I)
Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 5-I. Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007
- Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*)
A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 3-VI*. Vermogensrecht algemeen. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010

LITERATUURLIJST

- Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008 (5*)
F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 5*. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008
- Asser/Van Oven 1978
A. van Oven, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978
- Asser/Vranken 1995 (**)
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ***, Deventer: Kluwer 1995
- B**
- Bakker & Haas 2010
P.S. Bakker & D. Haas, 'De bijzondere zorgplicht bij de opzegging van kredietovereenkomsten – zijn de zeven vette jaren van Rabobank/Aarding voorbij?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-11, p. 293-299
- Barkey Wolf 2009
A. Barkey Wolf, 'Het beheerbeding ten uitvoer gelegd? Gedachten over een Dutch Step-in Right', in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank & Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009
- Bartels & Van der Plank 2012
S.E. Bartels & P.J. van der Plank, in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2012
- Bartels & Tweehuysen 2010-I
S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Lossingsrecht en executoriale verkoop door een beslaglegger', *NTBR* 2010, 25
- Bartels & Tweehuysen 2010-II
S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* (6864) 2010, p. 829-839
- Biemans 2009
J.W.A. Biemans, 'Rechtspraak. Retentierecht en executiekoop. Naar aanleiding van een Amsterdams vonnis en arrest in kort geding', *NTBR* 2009, 20
- De Blécourt/Fischer 1969
A.S. de Blécourt/H.F.W.D. Fischer (bew.), *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1969
- Boks 2002
D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002
- Bouwes Bavinck 1991
P.K. Bouwes Bavinck, 'Inbreuken op het recht van parate executie van de hypotheekhouder onder huidig recht, naar komend recht en in de voorstellen van de Commissie Mijnssen', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer: Kluwer 1991
- Bovenkerk e.a. 2005
F. Bovenkerk e.a., *Bedreigingen in Nederland. Verkenning in opdracht van Politie en Wetenschap*, Utrecht: Willem Pompe Instituut Universiteit Utrecht 2005 (via http://www.politiewetenschap.nl/pdf/bedreigingen_in_nederland.pdf)
- Breedveld-de Voogd 2011
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Restantexecutieopbrengst op kwaliteitsrekening valt niet in failliete boedel', *JBN* 2011, 57

- Breedveld-de Voogd 2010
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerend-goedtransacties', in: N.C. van Oostrom-Streep e.a., *De goede notaris. Over notariële deontologie* (KNB-Preadvies 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010
- Breedveld-de Voogd 1992
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Reactie. It ain't necessarily so', *WPNR* (6070) 2010, p. 850-851
- Bregstein 1995
M.H. Bregstein, 'Rechtsvraag', *WPNR* (4423) 1955, p. 520
- Ten Broeke 1994
P.G.M. ten Broeke, 'De onderhandse verkoop van onroerende zaken', *Trema: tijdschrift voor de rechterlijke macht* 1994-2, p. 52-61
- Broekema jr. 1968
H. Broekema jr., 'Hypotheek en zakelijk recht', in: Ph.A.N. Houwing (red.), *Onroerend goed. Opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, Deventer: Kluwer 1968
- Broekveldt 2011-I
L.P. Broekveldt, 'Privaatrecht Actueel. Vormerking strekt niet tot bescherming tegen beslag "op de koopsom" onder de koper', *WPNR* (6873) 2011, p. 101-103
- Broekveldt 2011-II
L.P. Broekveldt, 'Naschrift', *WPNR* (6907) 2011, p. 957-960
- Broekveldt 2010-I
L.P. Broekveldt, 'Óók Vormerking bij executie-verkoop? "Aanbeveling" daartoe in Evaluatierapport onvoldoende doordacht', *WPNR* (6855) 2010, p. 665-672
- Broekveldt 2010-II
L.P. Broekveldt, 'Naschrift', *WPNR* (6868) 2010, p. 969-970
- Broekveldt 1998
L.P. Broekveldt, 'De notaris en de Ontvanger', in: R.L. Albers-Dingemans e.a., *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (KNB-Preadvies 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998
- Brounen 2008
D. Brounen, *The Boom and Gloom of Real Estate Markets* (oratie Rotterdam), 2008, via www.erim.eur.nl
- De Bruijn 1964
A.R. de Bruijn, 'Het verhaalsrecht van de eerste hypotheekhouder' (I), *WPNR* (4831) 1964, p. 451-454
A.R. de Bruijn, 'Het verhaalsrecht van de eerste hypotheekhouder (vervolg)' (II), *WPNR* (4832) 1964, p. 463-465
A.R. de Bruijn, 'Het verhaalsrecht van de eerste hypotheekhouder (vervolg)' (III), *WPNR* (4833) 1964, p. 475-477
A.R. de Bruijn, 'Het verhaalsrecht van de eerste hypotheekhouder (slot)' (IV), *WPNR* (4834) 1964, p. 487-491
- Bulow & Klemperer 1996
J. Bulow & P. Klemperer, 'Auctions Versus Negotiations', *The American Economic Review* (1996) 86, nr. 1, p. 180-194
- Burgerhart 2008
W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht. Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige verwante wetten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008

LITERATUURLIJST

C

Croes 2001

A.L. Croes, 'Enige bedenkingen tegen de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken', *NTBR* 2001-7, p. 334-339

D

Van Daal 2007

G.C. van Daal, 'Forum. Internetveilen: Is de wet nog van deze tijd?', *TvI* 2007, 16

Van Damme 1997

E.E.C. van Damme, *Aanbesteding en veilingssystemen. Economische theorie en toepassing*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam, OCFEB 1997

Danhuis 2000

K. Danhuis, 'Nieuwe Gedragscode Hypothecaire Financieringen', *JBN* 2000, 83

Diephuis VII 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Zevende deel*, Groningen: Wolters 1886

E

Eggens 1927

J. Eggens, 'Vertegenwoordiging (slot)', *WPNR* (2990) 1927, p. 245-250

Van Erk & Van Velten 1984

A.J. van Erk & A.A. van Velten, 'Openbare veiling van onroerend goed', *WPNR* (5702) 1984, p. 373-380

Van Erp 1993

R.H. van Erp, '"Aansluitende" huurbedingen', *Nieuwsbrief Nieuw BW* 1993-6, p. 65-67

F

Ferwerda e.a. 2007

H. Ferwerda e.a., *Malafide activiteiten in de vastgoedsector. Een exploratief onderzoek naar aard, actoren en aanpak*, Amsterdam: SWP 2007

Fesevur 1997

J.E. Fesevur, 'Reactie', *WPNR* (6269) 1997, p. 319-320

Fesevur 1994

J.E. Fesevur, 'Retentierecht van aannemers op onroerende zaken en botsing met hypotheek (I)', *WPNR* (6129) 1994, p. 221-226

J.E. Fesevur, 'Retentierecht van aannemers op onroerende zaken en botsing met hypotheek (II, slot)', *WPNR* (6130) 1994, p. 239-243

Fesevur 1979

J.E. Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht. Privileges, pand, zekerheidseigendom, hypotheek en retentierecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979

Feteris 2007

M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Fockema Andreae II 1906

S.J. Fockema Andreae, *Het Oud-Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel*, Haarlem: Bohn 1906

G

Van Gaalen 2001

M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik (Ars Notariatus XCI)* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2001

- Gerver 2005
P.H.M. Gerver, 'Boekbeshouwingen. R. Westrik, Koop breekt geen huur en het huurbeding', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2005-2, p. 118-120
- Gerver 2001
P.H.M. Gerver, *Het recht van hypotheek* (Studiepockets privaatrecht 49), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001
- Gerver 1992-I
P.H.M. Gerver, 'De executieveiling, de notaris en het plaatselijk gebruik', *JBN* 1992, 117
- Gerver 1992-II
P.H.M. Gerver, 'Reactie. Wie is de bevoegde veilingnotaris?', *WPNR* (6070) 1992, p. 851-853
- Gerver & Van der Korst 2000
P.H.M. Gerver & P.J. van der Korst, in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2000
- Van Gestel 2008
B. van Gestel (m.m.v. R.F. Kouwenberg, M.A. Verhoeven, M.W. Verkuylen), *Vastgoed & fout. Een analyse van twaalf strafrechtelijke opsporingsonderzoeken naar illegale en criminele praktijken in de woningsector*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008
- Giesen 2007
I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht nr. 8), Deventer: Kluwer 2007
- Gieske 2012
A.J. Gieske, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer 2012
- Goeree & Offerman 2004
J.K. Goeree & T. Offerman, 'The Amsterdam Auction', *Econometrica* (2004) 72, nr. 1, p. 281-294
- Gräler 2010
J.G. Gräler, 'Gedwongen openbare veiling', in: W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Handboek Registergoederenrecht 2010/2011*, Zutphen: Walburg Pers 2010
- Gräler 2007
J.G. Gräler, 'Uitleg van veilingvoorwaarden', *JBN* 2007, 45
- Gräler 2006
J.G. Gräler, 'Veilingjurisprudentie', *JBN* 2006, 17
- Gräler 2004
J.G. Gräler, 'Veilingverhoudingen', *JBN* 2004, 29
- Gräler 1996
J.G. Gräler, 'Veilingprocedure en derdenhypotheek', *JBN* 1996, 4
- Groefsema 1993
L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Haren: L. Groefsema 1993
- De Groot/Dovring, Fischer & Meijers 1965
H. de Groot/F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers (bew.), *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, Leiden: Universitaire Pers 1965
- H**
- De Haas 1984-I
M.J.O.M. de Haas, 'Het huurbeding weer in een te ruime jas; art. 3.9.4.8. NBW en het belang van de hypotheekhouder', *WPNR* (5693) 1984, p. 233-235

LITERATUURLIJST

- De Haas 1984-II
M.J.O.M. de Haas, 'Naschrift', *WPNR* (5705), p. 440-441
- Hammerstein 2012
A. Hammerstein, 'Tuchtrecht mag afwijken van burgerlijk recht', *WPNR* (6954) 2012, p. 920-921
- Hartogh & Cosman 1897
A.F.K. Hartogh & C.A. Cosman, *De wet van 7 juli 1896 (Stbl. no 103) tot wijziging van het Wetboek van burgerlijke regtsvordering. Toegelicht door A.F.K. Hartogh en C.A. Cosman*, 's-Gravenhage: Belinfante 1897
- Hazenberg 1943
J. Hazenberg, *De Crisishypotheekaflossingswet 1936. Wet van den 7den Februari 1936, S. no. 200* (diss. VU Amsterdam), Goes: Oosterbaan & Le Cointre 1943
- Van Hees 2011
J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* (6882) 2011, p. 325-330
- Van Heeswijk 2005
V.J.A.J.C. van Heeswijk, 'Actuele problemen met de executie van woningen', in: V.J.A.J.C. van Heeswijk e.a., *De executieveling. Enige aspecten nader toegelicht*, Zutphen: Paris 2005
- Herman 1914
A. Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Amsterdamsche boek- en steendrukkerij v/h. Ellerman, Harms & Co 1914
- Het wonen overwogen 2009
Het wonen overwogen. De resultaten van het WoonOnderzoek Nederland 2009 (rapport van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu & het Centraal Bureau voor de Statistiek), Den Haag: maart 2010, via www.cbs.nl
- Heuff 1991
W. Heuff, 'Het huurbeding een vóórtdurend discussiepunt?', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer: Kluwer 1991
- Heuff 1988
W. Heuff, 'De notariële tussenkomst bij hypotheek en verkoop ex artikel 1223 lid 2 BW', in: P.H.M. Gerver e.a., *Notariaat en 150 jaar BW (Ars Notariatus XXXVIII)*, Deventer: Kluwer 1988
- Heuff 1983
W. Heuff, 'Recente rechtspraak. Gebondenheid van veilende hypotheekhouder aan kettingbeding?', *WPNR* (5649) 1983, p. 260-262
- Van Heuvel 2007
W.H. van Heuvel, 'Vragen bij de bedenktijd van art. 7:2 BW', *WPNR* (6722) 2007, p. 752-755
- Heyman 2002
H.W. Heyman, 'Rechtspraak klassiek. Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905). Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer', *NTBR* 2002-7, p. 299-307
- Heyman 1997
H.W. Heyman, 'Reactie', *WPNR* (6255) 1997, p. 86-88
- Heyman & Bartels 2012
H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012
- Hielkema 1995
H. Hielkema, 'Het huurbeding in het nieuw BW. Het gat in de huurbescherming gedicht?', *Rechtshulp* 1993-6/7, p. 10-16

- Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988
- Holtman 2000
R.J. Holtman, 'Samenloop van executie, kettingbeding en zorgplicht', *JBN* 2000, 5
- Holtman 1999
R.J. Holtman, 'De executie van Villa Lila', *WPNR* (6369) 1999, p. 645-648
- Huijgen 2012-II
W.G. Huijgen, 'De notaris en de kunst van "ieder het zijne"', *WPNR* (6954) 2012, p. 910-916
- Huijgen 2012-I
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken* (Monografieën Privaatrecht nr. 9), Deventer: Kluwer 2012
- Huijgen 2011
W.G. Huijgen, in: J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & Commentaar Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2012
- Huijgen 2007
W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Monografieën BW nr. B12b), Deventer: Kluwer 2007
- Huijgen 2002
W.G. Huijgen, 'Recensies. R. Westrik, *Koop breekt geen huur en het huurbeding*, diss. Rotterdam 2001, Vermande/Den Haag 2001', *NTBR* 2002-5, p. 202-206
- Huijgen 1997-I
W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht* (Ars Notariatus LXXX, oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997
- Huijgen 1997-II
W.G. Huijgen 'Naschrift', *WPNR* (6255) 1997, p. 88-89
- Huijgen 1997-III
W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* (6272) 1997, p. 363-364
- Huijgen 1996-I
W.G. Huijgen, 'Huurder of hypotheekhouder?', *WPNR* (6223) 1996, p. 363-364
- Huijgen 1996-II
W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* (6238) 1996, p. 693-694
- Huijgen 1996-III
W.G. Huijgen, 'Naschrift. Praktische reactie niet zo praktisch', *WPNR* (6244) 1996, p. 819-820
- Huijgen 1995
W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: H.W. Heyman e.a., *Erfpacht* (Preadvies KNB 1995), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995
- Huijgen 1992-I
W.G. Huijgen, 'Wie is de bevoegde veilingnotaris?', *WPNR* (6061) 1992, p. 633-634
- Huijgen 1992-II
W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* (6070) 1992, p. 853-854
- Huijgen & Pront-van Bommel 2007
W.G. Huijgen & S. Pront-van Bommel, 'Implicaties van de Wkpb voor de mededelings- en onderzoeksplichten van de (ver)koper en de notaris', *WPNR* (6730) 2007, p. 921-927

I

- Van Ingen 1996
M.J.W. van Ingen, 'Reactie', *WPNR* (6238) 1996, p. 692-693

LITERATUURLIJST

Van Ingen 1995

M.J.W. van Ingen, 'Het huurbeding nieuwe stijl in perspectief', *WPNR* (6193) 1995, p. 591-596

Van Ingen 1994

M.J.W. van Ingen, 'Van de onderhandse executie en de gedwongen ontruiming', *JBN* 1994, 86

Van Ingen & Jongbloed 2007

M.J.W. van Ingen & A.W. Jongbloed (m.m.v. H. van Haaften), *Onderhandse executie. 'Executoriale verkoop uit de hand' ex art. 3:251 lid 1 BW en met name art. 3:268 lid 2 BW* (Ars Notariatus 135), Deventer: Kluwer 2007

Van Ingen & Jongbloed 1994

M.J.W. van Ingen & A.W. Jongbloed, 'De onderhandse hypothecaire executie in de praktijk (I)', *WPNR* (6125) 1994, p. 135-139

J

De Jong 1995

J. de Jong, 'Erfpacht. Bespreking van het preadvies "Erfpacht" van mr W.G. Huijgen, prof. mr G.M.F. Snijders en prof. mr A.A. van Velten uitgebracht voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap op 22 september 1995', *WPNR* (6190) 1995, p. 523-527

Jongbloed & Van den Heuvel 2012

A.W. Jongbloed & N.W.M. van den Heuvel, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer 2012

K

Keirse e.a. 2009

A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken. De evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Kist 1983

J. Kist, in: F.H.J. Mijnsen, E.W.J.H. de Liagre Böhl & J. Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie* (Preadvies KNB 1983), Deventer: Kluwer 1983

Van Kleffens 1861

L.W. van Kleffens, *Over de bedingen bij hypotheek, waaraan de wet bijzondere kracht heeft toegekend* (diss. Groningen), Groningen: Van Bolhuis Hoitsema 1861

Kleijn 2008

W.M. Kleijn, 'Welke gevaren bedreigen een executie, alvorens geldig is geleverd?', *FTV* 2008, 16

Kleijn 2007

W.M. Kleijn, 'Gedragscode Hypothecaire Financiering en de positie van de notaris', *JBN* 2007, 13

Kleijn 2004

W.M. Kleijn, 'Waaraan moet de notaris ook denken als hij een executieveiling voorbereidt?', *JBN* 2004, 31

Kleijn 2000

W.M. Kleijn, 'De positie van de notaris ten opzichte van de ontruimende huurder bij executie', *JBN* 2000, 15

Kleijn 1996

W.M. Kleijn, 'Reactie. Een "praktische" reactie naar aanleiding van het artikel van prof. mr. W.G. Huijgen "Huurder of hypotheekhouder" WPNR (1996) 6223', *WPNR* (6244) 1996, p. 819

- Kleijn 1981
W.M. Kleijn, 'Het hypotheekrecht in de loop der tijden', in: R. Burgert, J.L. Bouma & H. Visser (red.), *75 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Nijmegen: Thieme 1981
- Kleijn 1979
W.M. Kleijn, 'Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van de overheid en particulieren', in: W.M. Kleijn e.a., *Rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren* (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 7), Deventer: Kluwer 1979
- Kleijn 1975
W.M. Kleijn, 'De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen in privaatrechtelijk opzicht', in: W.M. Kleijn e.a., *De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen* (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht 1975), Deventer: Kluwer 1975
- Kleijn 1970
W.M. Kleijn, 'Enige aspecten van verkoop van andermans goed', *WPNR* (5080) 1970, p. 229-233
- Klemperer 2004
P. Klemperer, *Auctions. Theory and Practice*, Princeton: Princeton University Press 2004
- Konings 1990
P.G.H.T. Konings, *De openbare registers ten hypotheekkantore. De openbare registers voor de publicatie van de overdracht van onroerende zaken en de vestiging van zakelijke rechten op onroerende zaken* (Ars Notariatus XLV, diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990
- Kortmann & Faber 1995
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-III. Wetswijzigingen* (Serie Onderneming & Recht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995
- Kraan 2011
C.A. Kraan, 'Reactie', *WPNR* (6907) 2011, p. 953-957
- Kraan 1998
C.A. Kraan, 'Koop door de eigenaar in de veiling', *WPNR* (6335) 1998, p. 724-726
- Kuhlmann 1996
J.M.H. Kuhlmann, 'Zal de veiling de notaris een zorg zijn?', *JBN* 1996, 51
- Kuhlmann 1993
J.M.H. Kuhlmann, 'Veiling in de rechtszaal?', *JBN* 1993, 27
- Kuhlmann 1991
J.M.H. Kuhlmann, 'Openbare inschrijving versus openbare veiling van onroerend goed', *JBN* 1991, 42
- Kuyk 1936
G.J.H. Kuyk, 'Openbare veiling; Veilingscondities', in: J.B.G.J.M. van Hellenberg Hubar & G.J.H. Kuyk, *Praeadviezen over Openbare Veiling; Veilingscondities* (Preadvies Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën 1936), 's-Gravenhage: Belinfante 1936
- Van der Kwaak 1990
D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht. Een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990

LITERATUURLIJST

L

- Land III 1902
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Derde deel. Boek II. Titel 11-20*, Haarlem: Erven F. Bohn 1902
- Lennarts 2011
M.L. Lennarts, 'Forum. Yukos: na meer dan 4 jaar procederen nog geen uitsluitel over de erkenning van een Russisch faillissementsvonnis...dat moet anders!', *TvI* 2011, 8
- De Liagre Böhl
E.W.J.H. de Liagre Böhl, in: F.H.J. Mijnsen, E.W.J.H. de Liagre Böhl & J. Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie* (Preadvies KNB 1983), Deventer: Kluwer 1983
- Loesberg & Van Ingen 2010
E. Loesberg & M.J.W. van Ingen, 'Beheers- en ontruimingsbedingen', *TvI* 2010, 27
- Lokin 2008
J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2008
- Loonstein 2011-I
H. Loonstein, 'Veilingvoorwaarden en artikel 518 Rv', *JBN* 2011, 18
- Loonstein 2011-II
H. Loonstein, 'Nogmaals: veilingvoorwaarden en artikel 518 Rv', *JBN* 2011, 34

M

- Melis/Waaijer 2012
J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012
- Mellema-Kranenburg 1999
T.J. Mellema-Kranenburg, 'Vruchtgebruik en vruchtgebruik algemeen', in: J.P.M. Stubbé e.a., *Vruchtgebruik* (KNB Preadvies 1999), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999
- Van Mierlo 2012
A.I.M. van Mierlo, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer 2012
- Van Mierlo 2002
A.I.M. van Mierlo, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer 2002
- Mijnssen 1983
F.H.J. Mijnsen, in: F.H.J. Mijnsen, E.W.J.H. de Liagre Böhl & J. Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie* (Preadvies KNB 1983), Deventer: Kluwer 1983
- Mölenberg & Verstappen 1996
L.J.H. Mölenberg & J.M.P. Verstappen, 'De nieuwe algemene bankvoorwaarden', *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1996-5, p. 341-354
- Myerson 1981
R.B. Myerson, 'Optimal Auction Design', *Mathematics of Operations Research* (1981) 6, nr. 1, p. 58-73

N

- Van Nierop 1937
A.S. van Nierop, *Publiek- en Privaatrecht 4. Hypotheekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937

O

- Van Oostrom-Streep 2012
N.C. van Oostrom-Streep, 'Hoe de tuchtrechter de aard van kettingbedingen vervormt: een oproep tot koerswijziging', *WPNR* (6930) 2012, p. 361-368
- Van Oostrom-Streep 2006-I
N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006
- Van Oostrom-Streep 2006-II
N.C. van Oostrom-Streep, 'De kwalitatieve verplichting na executoriale verkoop', *WPNR* (6666) 2006, p. 379-383
- Opzoomer IV 1876
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek, verklaard door C.W. Opzoomer. Vierde deel. Art. 748-1268*, Amsterdam: Gebhard & Comp. 1876
- Van Oven 1948
J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: Brill 1948
- Overzicht Financiële Stabiliteit in Nederland 2010
De Nederlandsche Bank, *Overzicht Financiële Stabiliteit in Nederland*, Amsterdam: mei 2010, via www.dnb.nl

P

- Pavillon 2011
C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (Recht en Praktijk. Contractenrecht 4) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011
- Persico 2000
N. Persico, 'Information Acquisition in Auctions', *Econometrica* (2000) 68, nr. 1, p. 135-148
- Pitlo 1968
A. Pitlo, 'Na 3 maart 1905', in: Ph.A.N. Houwing (red.), *Onroerend goed. Opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, Deventer: Kluwer 1968
- Pitlo/Brahn 1987
O.K. Brahn (i.s.m. G.R. de Groot e.a.), *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2. Het zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1987
- Pitlo/Reehuis e.a. 2012
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012

R

- Rank-Berenschot 1994
E.B. Rank-Berenschot, 'Boekbespreking. L. Groefsema, Bevoegd beschikken over andermans recht. Deventer: Kluwer, 1993. Proefschrift. XV en 191 blz. Prijs: f 57,50. ISBN 9026823703', *WPNR* (6160) 1994, p. 841-843
- Rapport EMF 2007
European Mortgage Federation, *Study on the Efficiency of Mortgage Collateral in the European Union*, Brussel: 2007, via www.hypo.org
- Rapport EUI 2005
European University Institute Florence/European Private Law Forum & Deutsches Notarinstitut, *Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report*, Florence/Würzburg: 2005, via www.eui.eu
- Rapport FGMC 2004
Forum Group on Mortgage Credit, *The Integration of EU Mortgage Credit Markets*, Brussel 2004, via ec.europa.eu/internal_market

LITERATUURLIJST

- Rapport MFEG 2006
Mortgage Funding Expert Group, *Report of the Mortgage Funding Expert Group*, Brussel: december 2006, via ec.europa.eu/internal_market
- Rapport Vdp 2010
O.M. Stöcker & R. Stürner, *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe*, Berlijn: Verband deutscher Pfandbriefbanken 2010
- Riley & Samuelson 1981
J.G. Riley & W.F. Samuelson, 'Optimal Auctions', *American Economic Review* (1981) 71, nr. 3, p. 381-392
- Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers 2009
De Nederlandsche Bank & Autoriteit Financiële Markten, *Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers*, Amsterdam: september 2009, via www.dnb.nl/www.afm.nl
- Ritsema & Dutmer 2010
Th.A. Ritsema & E.M. Dutmer, 'Executoriale verkoop van onroerende zaken via internet', *JBN* 2010, 30
- Robbers 2004
M.M. Robbers, 'De gunning op de veiling', *JBN* 2004, 32
- Rodenburg & Russel 1986
P. Rodenburg & J.W.M. Russel, 'Artikel 3.9.4.8 NBW (huurbeding). Terug naar af?', *WPNR* (5769) 1986, p. 57-61
- Rodenburg & Russel 1984
P. Rodenburg & J.W.M. Russel, 'Reactie. De permanente lotgevallen van art. 3.9.4.8 (huurbeding)', *WPNR* (5705) 1984, p. 438-440
- Roes 1970
J.B.M. Roes, *Hypotheek een zakelijk recht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint-Brouwer & Zoon 1970
- Van Rossum 1993
M.M. van Rossum, 'Rechtspraak. Conformiteit en dwaling in het kader van een executoriale verkoop', *NTBR* 1993-6, p. 133-136
- S**
- Santen 1983
A.H.M. Santen, 'Algemene Aspecten van Beslag en Executie', *WPNR* (5663) 1983, p. 533-536
- Scholten 1926
P. Scholten, 'De positie van den pand- en hypotheekhouder', *WPNR* (2947) 1926, p. 293-296
- Schoordijk 2009
H.C.F. Schoordijk, 'Privaatrecht Actueel. Executie-perikelen en onherroepelijke volmacht', *WPNR* (6790) 2009, p. 211-212
- Schoordijk 1985
H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking. Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen, door Prof. mr. F. Molenaar, Monografieën Nieuw BW, B-Serie 11, Deventer, 1984', *WPNR* (5746) 1986, p. 478-488
- Slagter 1999
W.J. Slagter, *Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1999
- Smalbraak 1966
J.M.M. Maeijer & J.Th. Smalbraak, *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht)* (Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1966)

- De Smidt 1954
J.Th. de Smidt, *Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het Burgerlijk Wetboek verwijst* (diss. Leiden), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1954
- Snijders 2003
H. Snijders, 'Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren', *WPNR* (6547) 2003, p. 697-709
- Snijders, Klaassen & Meijer 2007
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007
- Snijders & Rank-Berenschot 2012
H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012
- Soons 1993
S.P.P.M. Soons, 'Toch geen veiling in de rechtszaal?', *JBN* 1993, 54
- Stein 2011
P.A. Stein, in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2011
- Stein 2001
P.A. Stein, 'Boekbespreking. R. Westrik, "Koop breekt geen huur" en het huurbeding. Prft. Erasmus Universiteit 2001, uitgave Koninklijke Vermande (sdu) Den Haag', *WPNR* (6460) 2001, p. 847-849
- Stein 1991
P.A. Stein, 'Onderhandse verkoop van hypotheekbezwaarde goederen', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer: Kluwer 1991
- Stein 1985
P.A. Stein, 'Huur en hypotheek in het N.B.W.', *WPNR* (5735) 1985, p. 265-269
- Steneker 2010
A. Steneker, 'Een verstandshuwelijk tussen hypotheek en huur', *WPNR* (6866) 2010, p. 873-879
- Stollenwerck 1977
A.H.N. Stollenwerck, 'Eindelijk de waarheid maar niet de volle waarheid. Is de Mandaatsleer ter ziele?', *WPNR* (5393) 1977, p. 347-349
- Van Straaten 2012
J.C. van Straaten, 'Parate executie door hypotheekhouder – zuivering van verzuim schuldenaar – invloed op rechtsverhouding verkoper-koper', *JBN* 2012, 15
- Van Straaten 2007
J.C. van Straaten, 'Faillissement van de verkoper – artikel 35 Fw – Vormering', *JBN* 2007, 19
- Strengers 2011
C.M. Strengers, 'Concept-wetsvoorstel ter verbetering van de executoriale verkoop van onroerende zaken', *WPNR* (6882) 2011, p. 298-301
- Struycken 2009
T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: A.F. Salomons e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (KNB Preadvies 2009), Den Haag: Sdu Uitgever 2009
- Struycken 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 37), Deventer: Kluwer 2007

LITERATUURLIJST

T

- Tenancy Law and Procedure in the EU 2009 (General Report)
C.U. Schmidt, *Tenancy Law and Procedure in the EU. General Report*, Florence: 2009, via www.eui.eu
- Tjong Tjin Tai 2012
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris', *WPNR* (6954) 2012, p. 902-909
- Tratnik & Mertens 1988
M. Tratnik & R.F.H. Mertens, 'Naar een achtste versie van art. 3.9.4.8 Nieuw BW?', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988-2, p. 46-51

V

- Van Velten 2012-II
A.A. van Velten, 'Eindelijk een spoedige vervanging van de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken?', *WPNR* (6952) 2012, p. 827-830
- Van Velten 2012-I
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2012
- Van Velten 2010
A.A. van Velten, 'Boekbespreking. A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom-Streep, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse en A.M. Steegmans, Rapportage: Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, Molengraaff Instituut, Utrecht, in opdracht MvJ en WODC, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2009, ISBN 978-90-8974-235-3, 405 p.', *WPNR* (6836) 2010, p. 243-250
- Van Velten 2008-I
A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek. Kan er tijdens de executoriale verkoop van onroerend goed gewisseld worden van notaris?', *WPNR* (6761) 2008, p. 559
- Van Velten 2008-II
A.A. van Velten, 'Recente Rechtspraak. De betekenis van de voor-inschrijving van een koopovereenkomst m.b.t. een registergoed (Vormerkung ex art. 7:3 BW)', *WPNR* (6739) 2008, p. 79-81
- Van Velten 1997
A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek. Gunningsproblemen bij een executoriale veiling', *WPNR* (6273) 1997, p. 381
- Van Velten 1993
A.A. van Velten, 'Recente Rechtspraak. Victoria blijft in functie als hotel', *WPNR* (6084) 1993, p. 192-194
- Van Velten 1989
A.A. van Velten, 'De lotgevallen van het huurbeding bij hypotheek in het NBW', *WPNR* (5941) 1989, p. 767-772
- Van Velten 1986
A.A. van Velten, 'Literatuur. W. Heuff, Hypotheek (nieuw verschenen). P.A. Stein, Zekerheidsrechten – hypotheek (3e herziene druk)', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986-3, p. 89-92
- Verhagen 2009
R. Verhagen, 'Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatio multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2009, p. 65-146
- Verstappen 2012
L.C.A. Verstappen, 'De rol van de notaris in het rechtsverkeer', *WPNR* (6954) 2012, p. 917-919

- Verstappen 2011-I
L.C.A. Verstappen, 'Is dit nieuw beleid van de tuchtkamer van het Hof Amsterdam?', *WPNR* (6876) 2011, p. 178-182
- Verstappen 2011-II
L.C.A. Verstappen, 'Naschrift', *WPNR* (6894) 2011, p. 597-600
- Verstappen 2003
L.C.A. Verstappen, 'Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer', in: W.J. Zwalm, L.C.A. Verstappen & J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (KNB Preadvies 2003), Lelystad: Koninklijke Vermande 2003
- Verstappen & Bartels 2011
L.C.A. Verstappen & S.E. Bartels, 'Verkoop krachtens volmacht/lastgeving of executoriale verkoop?', *WPNR* (6882) 2011, p. 320-324
- Vickrey 1961
W. Vickrey, 'Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders', *Journal of Finance* (1961) 16, nr. 1, p. 8-37
- Visser 2010
I. Visser, 'Reactie. Ook Vormerkung bij executoriale verkoop!', *WPNR* (6868) 2010, p. 964-968
- Visser 2009
I. Visser, "'Vormerkung" ex art. 7:3 BW: ook voor de veilingkoper?', *WPNR* (6787) 2009, p. 168-171
- Vonck 2011
F.J. Vonck, 'Executoriale verkoop van registergoederen via internet', *WPNR* (6882) 2011, p. 302-310
- Vonck 2007
F.J. Vonck, 'De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden', *WPNR* (6717) 2007, p. 598-603
- Voorduin IV & V 1838
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven Staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen*, Utrecht: Robert Nathan 1838
- De Vrey 2006
L.A. de Vrey, 'Publiekrechtelijke beperkingen en (het ontbreken van) derdenbescherming', *WPNR* (6651) 2006, p. 57-68
- Vriesendorp 1993
R.D. Vriesendorp, 'Enige perikelen rond een "importante executoriale verkoop"', *WPNR* (6117) 1993, p. 946-955
- W**
- Van der Waaij 2006
P.H.M. van der Waaij, 'Veilingnotaris.nl. Een alternatief voor artikel 516 Rv?', *JBN* 2006, 66
- Westrik 2005
R. Westrik, 'Het spook in de veilingzaal', in: V.J.A.J.C. van Heeswijk e.a., *De executieveiling. Enige aspecten nader toegelicht*, Zutphen: Paris 2005
- Westrik 2001
R. Westrik, '*Koop breekt geen huur*' en het huurbeding (diss. Rotterdam), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001
- Wibier 2012
R.M. Wibier, 'Privaatrecht Actueel. De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht', *WPNR* (6922) 2012, p. 212-214

LITERATUURLIJST

Wibier 2008

R.M. Wibier, 'Rechtspraak. HR 25 januari 2008', *TvI* 2008, 23

Wiertsema 2009

J.W. Wiertsema, 'De executoriale verkoop van onroerende zaken met gebruikmaking van het internet', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009-4, p. 26-28

Z

Zwalve I 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Jurisprudentielijst

<i>Instantie</i>	<i>Vindplaats</i>	<i>Pagina</i>
Hoge Raad		
8 februari 2012	<i>NJ</i> 2013, 123 m.nt. H.J. Snijders	66
10 juni 2011	<i>NJ</i> 2011, 423 m.nt. P.A. Stein	200, 203, 212
29 april 2011	<i>NJ</i> 2011, 372 m.nt. A.I.M. van Mierlo	65
19 februari 2010	<i>NJ</i> 2012, 126 m.nt. A.I.M. van Mierlo	197-198, 267
12 juni 2009	<i>NJ</i> 2010, 663 m.nt. A.I.M. van Mierlo	330, 492
13 maart 2009	<i>NJ</i> 2009, 203 m.nt. P. van Schilfgaarde	158
25 januari 2008	<i>NJ</i> 2008, 66	269, 291
14 december 2007	<i>NJ</i> 2008, 8	120
2 februari 2007	<i>NJ</i> 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron	152, 166, 169
20 februari 2004	<i>NJ</i> 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron	170
5 december 2003	<i>NJ</i> 2004, 340 m.nt. W.M. Kleijn	329
21 maart 2003	<i>NJ</i> 2003, 314	280
20 december 2002	<i>NJ</i> 2003, 325 m.nt. W.M. Kleijn	119
26 april 2002	<i>NJ</i> 2005, 180 m.nt. S.C.J.J. Kortmann	385, 386, 399, 405
29 mei 1998	<i>NJ</i> 1999, 287 m.nt. W.M. Kleijn	119
6 februari 1998	<i>NJ</i> 1999, 303 m.nt. W.M. Kleijn	329
15 november 1996	<i>NJ</i> 1997, 508 m.nt. W.M. Kleijn	261, 369-373
22 maart 1996	<i>NJ</i> 1996, 668 m.nt. W.M. Kleijn	154
16 februari 1996	<i>NJ</i> 1997, 55 m.nt. H.J. Snijders	250
26 januari 1996	<i>NJ</i> 1996, 607 m.nt. W.M. Kleijn	120
15 september 1995	<i>NJ</i> 1996, 629 m.nt. W.M. Kleijn	121, 145
23 juni 1995	<i>NJ</i> 1996, 216 m.nt. W.M. Kleijn	329
23 december 1994	<i>NJ</i> 1996, 628 m.nt. W.M. Kleijn	121, 145
23 december 1994	<i>NJ</i> 1996, 627 m.nt. W.M. Kleijn	121, 145
26 juni 1992	<i>NJ</i> 1992 m.nt. H.J. Snijders	66
18 december 1992	<i>NJ</i> 1994, 91 m.nt. E.A.A. Luijten	120
27 maart 1992	<i>NJ</i> 1993, 188	119
7 juni 1991	<i>NJ</i> 1992, 262 m.nt. W.M. Kleijn	261, 333, 334, 369-373
15 februari 1991	<i>NJ</i> 1991, 628 m.nt. W.M. Kleijn	329
25 januari 1991	<i>NJ</i> 1992, 172 m.nt. H.J. Snijders	280
19 oktober 1990	<i>NJ</i> 1992, 227 m.nt. W.M. Kleijn	280
28 september 1990	<i>NJ</i> 1991, 473 m.nt. E.A.A. Luijten	119, 153
9 maart 1990	<i>NJ</i> 1990, 428 (Knobo/Schellenbach)	154
2 juni 1989	<i>NJ</i> 1990, 253 m.nt. W.M. Kleijn	107, 108, 109 280
3 februari 1989	<i>NJ</i> 1990, 249 m.nt. W.M. Kleijn	343, 358, 360
20 januari 1989	<i>NJ</i> 1989, 766 m.nt. E.A.A. Luijten	120
17 mei 1985	<i>NJ</i> 1986, 760 m.nt. C.J.H. Brunner & W.M. Kleijn	324
29 juni 1984	<i>NJ</i> 1985, 68	205
22 april 1983	<i>NJ</i> 1984, 145 m.nt. W.H. Heemskerk	142, 181
8 april 1983	<i>NJ</i> 1984, 785 m.nt. W.M. Kleijn	119
5 februari 1982	<i>NJ</i> 1982, 471 m.nt. W.M. Kleijn	279, 284
25 januari 1977	<i>NJ</i> 1977, 362 m.nt. W.M. Kleijn	277, 278
14 mei 1976	<i>NJ</i> 1977, 150 m.nt. W.M. Kleijn	279, 338, 343, 364, 383

JURISPRUDENTIELIJST

17 november 1967	<i>NJ</i> 1968, 42	324
24 januari 1964	<i>NJ</i> 1964, 450 m.nt. J.H. Beekhuis	276, 277
3 januari 1964	<i>NJ</i> 1965, 16	324
6 maart 1963	<i>BNB</i> 1963, 113	89, 428
15 maart 1940	<i>NJ</i> 1940, 848 m.nt. E.M. Meijers	279, 335, 377
10 mei 1929	<i>NJ</i> 1929, 1585 m.nt. P. Scholten	275, 276
17 januari 1929	<i>NJ</i> 1929, 622	311
30 mei 1924	<i>NJ</i> 1924, 839	276, 336
10 april 1924	<i>NJ</i> 1924, 584	334
6 maart 1914	<i>NJ</i> 1914, 611	275
3 maart 1905	W 8191	319, 322
8 juni 1894	W 6510	275
21 maart 1850	W 1112 (I)	275
21 maart 1850	W 1112 (II)	275

Gerechtshof

Amsterdam (tuchtr.)

24 mei 2011	<i>JOR</i> 2012, 86 m.nt. N.W.A. Tollenaar	31, 122, 123, 221
10 mei 2011	<i>LJN</i> BQ5599	130
16 november 2010	<i>LJN</i> BO9062	129, 130
9 november 2010	<i>LJN</i> BO9047	129
8 juni 2010	<i>LJN</i> BM7664	129, 140
16 februari 2010	<i>LJN</i> BL5773	212
13 december 2007	<i>LJN</i> BC2012	85-86, 143, 144, 238, 249
5 juli 2007	<i>LJN</i> BA9115	166
7 december 2006	<i>LJN</i> AZ5962	149, 151, 158, 321
22 september 2005	<i>LJN</i> AU3452	144
19 mei 2005	<i>LJN</i> AT6378	82, 131, 141
9 maart 2000	WPNR (6414) 2000, p. 602-603	155
29 april 1999	WPNR (6377) 1999, p. 820-821	165
18 december 1997	WPNR (6314) 1998, p. 322-323	67, 131, 144
30 mei 1996	PW 21008	156, 163, 164, 168
24 september 1992	zaaknr. R14/92, <i>JBN</i> 1993, 25	140

Amsterdam

24 april 2008	<i>JOR</i> 2009, 58 m.nt. J.W.A. Biemans	168, 294, 330
30 januari 2003	<i>NJ</i> 2004, 430	100
21 april 1994	<i>KG</i> 1994, 380	400, 404
22 februari 1990	<i>NJ</i> 1990, 736	108

Arnhem

22 juli 2008	<i>LJN</i> BD8654	181
3 februari 2004	<i>LJN</i> AO5923	67, 131, 133, 199
18 februari 2003	<i>JOR</i> 2003, 267	191
18 juni 1986	<i>NJ</i> 1988, 100	199

's-Gravenhage

31 augustus 2010	<i>LJN</i> BO8527	192, 193
------------------	-------------------	----------

18 mei 2010	<i>Notamail</i> 2010/116 (niet gepubl.)	163, 169
10 februari 2005	<i>NJF</i> 2005, 161	271
12 september 1980	<i>NJ</i> 1981, 322	156, 163
<i>'s-Hertogenbosch</i>		
6 juli 2010	<i>LJN</i> BN0872	177, 190, 192
16 juni 2009	<i>LJN</i> BJ0413	182, 200
11 december 2007	<i>JOR</i> 2008, 81 m.nt. E. Loesberg	394, 395, 396, 401, 419
14 november 1984	<i>NJ</i> 1985, 849	67
21 februari 1984	<i>WPNR</i> (5725) 1985	297
<i>Leeuwarden</i>		
18 oktober 2011	<i>NJF</i> 2012, 27	396, 401-403
19 juli 2011	<i>JOR</i> 2011, 351 m.nt. S.E. Bartels	294, 296, 299
11 januari 2011	<i>LJN</i> BP1189	312
20 april 2010	<i>LJN</i> BM2250	181
9 januari 2008	<i>LJN</i> BC1857	175, 184, 361
26 april 2006	<i>NJF</i> 2006, 382	270
Rechtbank		
<i>Alkmaar</i>		
11 juni 2009	zaaknr. 110330 (niet gepubl.)	355
13 maart 2008	<i>LJN</i> BC6642	397
15 november 2007	<i>LJN</i> BB8597	247
4 oktober 2007	<i>LJN</i> BB4841	184, 185
23 juni 2005	<i>LJN</i> AT8139	184, 185
14 september 1990	zaaknr. 212/1990 (niet gepubl.)	180
<i>Almelo</i>		
22 maart 2010	zaaknr. 109521 (niet gepubl.)	388, 392, 398
5 juni 2009	<i>Notamail</i> 2009/136 (niet gepubl.)	141, 181
8 mei 2009	<i>LJN</i> BJ8814	346
30 juni 2008	<i>LJN</i> BD6302	176
<i>Amsterdam</i>		
21 maart 2012	<i>LJN</i> BV9584	346
6 februari 2012	<i>LJN</i> BW1123	192-193
19 oktober 2010	zaaknr. 470552 (niet gepubl.)	356, 398
25 mei 2009	<i>LJN</i> BJ1645	192
5 maart 2009	zaaknr. 419999 (niet gepubl.)	397
30 oktober 2008	zaaknr. 407935 (niet gepubl.)	350, 355
16 januari 1995	rolnr. KG 95/114TG (niet gepubl.)	46
20 oktober 1995	<i>WR</i> 1996, 25	226, 351
5 januari 1993	<i>KG</i> 1993, 63	71
3 augustus 1992	<i>WPNR</i> (6063) 1992, p. 691	97
26 april 1990	<i>KG</i> 1991, 67	353
<i>Arnhem</i>		
5 juli 2012	<i>LJN</i> BX0652	360
21 juni 2011	<i>JOR</i> 2012, 133	232, 241, 242
14 maart 2011	<i>LJN</i> BP8050	353, 357
9 december 2010	<i>LJN</i> BP0300	174

JURISPRUDENTIELIJST

3 juni 2010	zaaknr. 199967 (niet gepubl.)	392, 398
26 april 2010	<i>LJN</i> BM6303	175
2 februari 2010	<i>NJF</i> 2010, 164	395, 396
1 februari 2010	zaaknr. 194880 (niet gepubl.)	387, 392, 395
24 december 2009	<i>LJN</i> BL0524	184
26 augustus 2009	zaaknr. 172355 (niet gepubl.)	355
24 december 2008	<i>LJN</i> BG9652	179
12 juni 2007	<i>LJN</i> BA8802	128, 145, 368
26 maart 2007	<i>LJN</i> BA5395	176
25 oktober 2006	<i>LJN</i> AZ0899	175, 181
23 juni 2006	<i>JOR</i> 2006, 253	85, 143, 158, 238
14 april 2006	<i>NJF</i> 2006, 348	97, 100
30 juni 2005	<i>LJN</i> AU1575	181
9 maart 2005	<i>LJN</i> AT3644	184, 185
29 februari 2000	<i>Njkort</i> 2000, 31	97, 250, 251
19 maart 1993	<i>KG</i> 1993, 143	350, 373
9, 19 en 29 november 1992	<i>Njkort</i> 1993, 4a, 4b en 4c	97, 100, 101, 113
<i>Assen</i>		
8 november 2011	<i>LJN</i> BU9400	363
16 september 2009	zaaknr. 74522 (niet gepubl.)	388, 397
19 april 2006	<i>LJN</i> AW3033	174
31 augustus 2005	<i>LJN</i> AU2423	192, 193
24 september 1985	<i>KG</i> 1985, 314	353
<i>Breda</i>		
19 april 2010	zaaknr. 216660 (niet gepubl.)	356, 397
8 mei 2009	zaaknr. 202651 (niet gepubl.)	394, 397
12 september 1990	<i>KG</i> 1990, 338	360
<i>Dordrecht</i>		
12 mei 2010	zaaknr. 86671 (niet gepubl.)	389, 392
4 november 2009	zaaknr. 83009 (niet gepubl.)	388, 392, 397
20 februari 2009	zaaknr. 79335 (niet gepubl.)	350, 355
<i>'s-Gravenhage</i>		
17 februari 2012	zaaknr. 402424 (niet gepubl.)	134
30 december 2011	zaaknr. 404449 (niet gepubl.)	100
26 januari 2011	<i>LJN</i> BP2282	182-183
24 juni 2010	<i>Notamail</i> 2010/147	96, 289
17 juni 2010	zaaknr. 361559 (niet gepubl.)	392, 396
8 april 2010	zaaknr. 359818 (niet gepubl.)	350, 355, 356, 388, 392, 398
11 december 2009	<i>LJN</i> BK6374	175
1 april 2009	<i>LJN</i> BJ4123	175
19 maart 2009	zaaknr. 359964 (niet gepubl.)	397
18 maart 2009	zaaknr. 331945 (niet gepubl.)	355, 356
9 september 2008	zaaknr. 318496 (niet gepubl.)	385, 388, 397
20 februari 1996	<i>NJ</i> 1996, 388	97, 250

Groningen

18 februari 2010	<i>LJN</i> BL4479	178
8 januari 2010	zaaknr. 114551 (niet gepubl.)	388, 392, 397
5 juni 2009	zaaknr. 109824 (niet gepubl.)	388, 392
16 december 2008	zaaknr. 106293 (niet gepubl.)	348, 355, 356
10 maart 2006	<i>LJN</i> AV6087	183
1 april 2005	<i>LJN</i> AT3186	142, 176
17 augustus 1992	<i>KG</i> 1992, 323	169

Haarlem

20 juni 2012	<i>LJN</i> BW9336	240
25 mei 2012	<i>LJN</i> BX0175	346
30 januari 2012	<i>LJN</i> BV3141	357
9 december 2010	<i>JOR</i> 2011, 201 m.nt. N.E.D. Faber	158
31 maart 2010	zaaknr. 167081 (niet gepubl.)	385, 388, 392, 398
12 mei 2009	<i>LJN</i> BI7758	347, 403
18 juli 1984	<i>KG</i> 1984, 233	364

's-Hertogenbosch

22 juli 2010	zaaknr. 215152 (niet gepubl.)	396
23 april 2010	<i>LJN</i> BM3297	174
28 november 2008	zaaknr. 183102 (niet gepubl.)	355
21 augustus 2008	zaaknr. 179621 (niet gepubl.)	392

Leeuwarden

10 maart 2010	zaaknr. 101961 (niet gepubl.)	388, 392, 398
3 januari 2006	<i>V-N</i> 2006/16.20	270

Maastricht

30 maart 2010	zaaknr. 148481 (niet gepubl.)	354, 356
22 oktober 2009	zaaknr. 143919 (niet gepubl.)	388
27 augustus 2009	zaaknr. 142722 (niet gepubl.)	355, 394, 397

Middelburg

8 december 2010	<i>LJN</i> BP2147	387, 396
10 november 2008	zaaknr. 64703 (niet gepubl.)	355, 356

Roermond

10 maart 2010	zaaknr. 99227 (niet gepubl.)	397
6 november 2009	<i>LJN</i> BK2840	173
21 oktober 2009	<i>LJN</i> BK2805	97
17 augustus 2005	<i>LJN</i> AU1730	134, 283
28 september 1999	(niet gepubl.), zie <i>JBN</i> 2000, 5	148, 325
16 september 1992	<i>NJkort</i> 1992, 76	97, 101
17 februari 1976	<i>NJ</i> 1977, 324	364

Rotterdam

19 maart 2012	<i>LJN</i> BW6024	183
20 januari 2012	<i>LJN</i> BV6066	159
5 januari 2012	<i>LJN</i> BV3068	74
20 april 2011	<i>LJN</i> BQ7044	212
9 maart 2011	<i>LJN</i> BP7084	232, 243

JURISPRUDENTIELIJST

19 januari 2011	<i>LJN</i> BP7227	242
2 april 2010	zaaknr. 350008 (niet gepubl.)	356
27 januari 2010	zaaknr. 345374 (niet gepubl.)	356
20 november 2009	zaaknr. 340871 (niet gepubl.)	394, 397
13 november 2009	zaaknr. 340894 (niet gepubl.)	356, 388
17 maart 2009	zaaknr. 325281 (niet gepubl.)	355
17 december 2008	<i>LJN</i> BG8329	171
26 november 2008	<i>LJN</i> BG7984	163, 169
19 maart 2008	<i>LJN</i> BD2965	155, 163, 168
10 januari 2007	<i>LJN</i> AZ8539	149, 151
31 augustus 2006	WR 2008, 28	346
23 mei 2000	KG 2000, 130	324
11 april 1986	NJ 1988, 486	162
<i>Utrecht</i>		
12 april 2012	<i>Notamail</i> 2012/88 (niet gepubl.)	232, 234
20 februari 2012	JOR 2012, 134 m.nt. B.A. Schuijling	231, 240
16 januari 2012	<i>LJN</i> BV3852	234, 241, 287, 347
7 januari 2010	zaaknr. 278581	387, 397
14 juni 1982	NJ 1983, 148	364
27 april 1931	WPNR (3206) 1931, p. 301-302	28
<i>Zutphen</i>		
17 februari 2010	zaaknr. 109736 (niet gepubl.)	394, 397
13 november 2007	<i>LJN</i> BB7913	182
12 augustus 2005	<i>LJN</i> AU4791	174
<i>Zwolle(-Lelystad)</i>		
11 maart 2010	zaaknr. 167714 (niet gepubl.)	396
9 december 2009	zaaknr. 164242 (niet gepubl.)	356
10 november 2009	zaaknr. 162591 (niet gepubl.)	355
12 oktober 2009	<i>LJN</i> BK3466	357
20 juli 2009	<i>LJN</i> BJ6136	357
3 juni 2009	<i>LJN</i> BK8018	67, 131, 133
22 mei 2008	<i>LJN</i> BD5452	174, 176, 192
21 april 2008	<i>LJN</i> BC9979	397
7 april 2008	<i>LJN</i> BC8896	101, 105, 181
10 maart 2008	<i>Notamail</i> 2008/62 (niet gepubl.)	181
6 september 2007	<i>LJN</i> BC6190	347, 356
27 juli 1982	KG 1982, 138	364
Kamer van Toezicht		
<i>Almelo</i>		
17 februari 2004	<i>LJN</i> AT6378	82, 131, 141
<i>Amsterdam</i>		
2 december 2010	<i>LJN</i> YC0553	144, 249
27 april 1999	WPNR (6369) 1999, p. 648-650	330
<i>Arnhem</i>		
22 maart 2007	<i>LJN</i> BC2012	86

<i>Middelburg</i>		
31 mei 2007	<i>LJN</i> BM7664	140
<i>Leeuwarden</i>		
4 juli 2007	zaaknr. 2-2007, <i>NM</i> september 2007, p. 43	169
<i>Rotterdam</i>		
17 november 2005	<i>LJN</i> AZ5962	151
Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State		
14 juli 2010	<i>LJN</i> BN1087	74
23 december 2009	<i>LJN</i> BK7478	74

Bijlage: overzicht van de betrokkenen bij de executoriale verkoop

Vanwege de lengte van dit overzicht is gekozen voor een overzicht op basis van de wettelijke regeling. De rollen die naar voren komen uit de jurisprudentie, literatuur en parlementaire geschiedenis zijn hier dus in principe niet in verwerkt. Voor een goed begrip van de besproken rollen wordt op enkele plaatsen wel verwezen naar jurisprudentie of literatuur.

Groep	Betrokkene(n)	Omschrijving rol/bevoegdheid	Wetsbepaling
<i>Alle betrokkenen</i>		Bevoegdheid tot lossing tot moment van gunning of goedkeuring voorzieningen-rechter.	art. 3:269 BW
		Executiegescil aanspannen (derdenverzet op de wijze van art. 438 lid 5 Rv).	art. 438, 438a Rv
		Gescil aanspannen over veilingvoorwaarden, wijze van verkoop of dag, uur en plaats daarvan (op verzoek ‘meest gerede partij’ of notaris).	art. 546 jo. 518 lid 1 Rv
		Mogelijkheid tot verzoek om afkoelingsperiode in geval van faillissement, mits belanghebbende.	art. 63a Fw ¹²⁴⁸
<i>Direct betrokkenen</i>	Hypothekhouder (executant)		
	<u>1. Uitvoering executoriale verkoopprocedure</u>	Bevoegd tot executoriale verkoop in geval van verzuim schuldenaar (parate executie).	art. 3:268 BW
		Opdrachtgever tot de executoriale verkoop, mede-organisator (met notaris).	art. 7:400 e.v. BW
		Bevoegdheid tot inroepen huurbeding bij executoriale verkoop (mits beding in hypotheekakte). ¹²⁴⁹ Bij woonruimte is verlot voorzieningenrechter nodig voor inroepen.	art. 3:264 BW (en 549 Rv)
		Bevoegdheid tot inroepen beding van niet-verandering inrichting of gedaante (mits beding in hypotheekakte).	art. 3:265 BW

¹²⁴⁸ Dit geldt ook bij toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, zie art. 313 Fw.

¹²⁴⁹ Deze bevoegdheid bestaat slechts indien de huur tot stand is gekomen *na* de vestiging van het hypotheekrecht. Zie voor een uitgebreidere beschouwing onderdeel 6.6.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

	<i>Vervolg hypotheekhouder; uitvoering executoriale verkoopprocedure</i>	Bevoegdheid tot beheer (in geval van ernstig tekortschieten hypotheekgever) en onder zich nemen (indien nodig met het oog op de executie), mits beding in hypotheekakte. Voor beheer machtiging vzr. nodig.	art. 3:267 BW
		Bevoegd tot indienen verzoek tot onderhandse executoriale verkoop.	art. 3:268 lid 2 BW
		Overleg met notaris over veilingvoorwaarden.	art. 546 jo. 517 lid 1 Rv
		Slechts gezamenlijke verkoop onroerende zaken in verschillende arrondissementen indien samen geëxploiteerd of door alle belanghebbenden (art. 3:270 BW) overeengekomen.	art. 546 jo. 520 Rv
		Verkoop overige onroerende zaken mag niet doorgaan indien voldoende opbrengst om executant, beperkt gerechtigden van wie het recht vervalt en beslagleggers die beslag hebben gelegd op de zaken te voldoen.	art. 546 jo. 522 Rv
		Verplicht tot herveiling op verlangen direct belanghebbende bij opbrengst, indien koper tekort schiet in nakoming.	art. 546 jo. 527 Rv
		Separatistpositie in faillissement.	art. 57 Fw
		Bij faillissement: concurrent schuldeiser voor restantvordering indien executieopbrengst ontoereikend om hypotheekhouder te voldoen.	art. 59 Fw vgl. art. 132 Fw
		Van rechtswege pandhouder vordering uit zaaksvervanging.	art. 3:229 BW
	<u>2. Belanghebbende</u>	Betrokken bij verdeling executieopbrengst.	art. 3:270 lid 3 BW
		Versnelde uitkering indien eerste hypotheekhouder en goedkeuring vzr.	art. 3:270 lid 3 BW
		Betrokken bij bespreking verdeling executieopbrengst.	art. 3:270 lid 5, 3:271 lid 2 BW
		Bevoegd tot verzoeken rangregeling.	art. 3:271 lid 1 BW

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg hypotheekhouder; belanghebbende</i>	Verplicht tot rekening en verantwoording aan hypotheekgever (en schuldenaar).	art. 3:272 lid 1 BW
		Verplicht tot rekening en verantwoording aan belanghebbende (mits gevraagd).	art. 3:272 lid 2 BW
		Recht vervalt na levering.	art. 3:273 BW
		Verplicht tot afgeven verklaring tenietgaan hypotheek aan nieuwe eigenaar.	art. 3:274 BW
	Hypotheekgever		
	<u>1. Geëxecuteerde</u>	Veiling van zijn woning kan worden opgestart in geval van verzuim van de schuldenaar .	art. 3:268 lid 1 BW
		Indien derde-hypotheekgever: aansprakelijk voor waardevermindering (voor zover waarborg schuldeiser in gevaar en verwijtbaar).	art. 3:233 lid 1 BW
		Indien derde-hypotheekgever: vordering op hypotheekhouder bij executie m.b.t. kosten onderhoud (indien verhaal door hypotheekhouder en voor zover hogere opbrengst ten bate van hypotheek-houder).	art. 3:233 lid 2 BW
		Indien derde-hypotheekgever: mag bij executoriale verkoop verlangen dat eerst goederen van de schuldenaar worden verkocht.	art. 3:234 lid 1 BW
		Huurbeding kan tegen hem worden ingeroepen indien verhuur zonder toestemming hypotheekhouder indien huurbeding in hypotheekakte. ¹²⁵⁰	art. 3:264 lid 1 BW
		Wegnemingsrecht m.b.t. onverplichte veranderingen/toevoegingen.	art. 3:266 BW
		Kan tot ontruiming worden gedwongen door koper d.m.v. tonen proces-verbaal van veiling.	art. 525 lid 3 Rv

¹²⁵⁰ In de hypotheekakte kan voorts de bevoegdheid van de hypotheekgever worden beperkt 'ten aanzien van de wijze waarop of de tijd gedurende welke het goed zal kunnen worden verhuurd of verpacht, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huur- of pachtpenningen, hetzij om het recht op de huur- of pachtpenningen te vervreemden of verpanden', zie art. 3:264 lid 1 BW.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

	<u>2. Belanghebbende</u>	Veiling wordt aan hem aangezegd.	art. 544 Rv
		Dag, uur en plaats van verkoop worden schriftelijk medegedeeld door notaris.	art. 546 jo. 515 lid 2 Rv
		Mededeling + toezending veilingvoorwaarden door notaris.	art. 546 jo. 517 lid 1 Rv
		Belanghebbende bij onderhandse executie. ¹²⁵¹	art. 548 lid 3 Rv
		Kan gunstiger aanbod voorleggen vóór afloop van de behandeling bij de vzr. (bij onderhandse executoriale verkoop).	art. 3:268 lid 2 BW
		Schriftelijke kennisgeving van verkoop.	art. 546 jo. 523 Rv
		Vordering bij vzr. omtrent uitkering aan eerste hypotheekhouder. ¹²⁵²	art. 3:270 lid 4 BW
		Betrokken bij de <i>bespreking</i> van de verdeling van de opbrengst.	art. 3:270 lid 5 BW, 3:271 lid 2 BW
		Gerechtigde tot restant-opbrengst.	art. 3:270 lid 2 BW
		Verlangen herveiling, indien koper tekort schiet in nakoming.	art. 546 jo. 527 Rv
	Notaris		
		Executoriale verkoop vindt ten overstaan van hem plaats.	art. 3:268 lid 1 BW
		Ontvangst opdracht tot executoriale verkoop van hypotheekhouder, mede-organisator.	art. 7:400 e.v. BW
		Vaststellen dag, uur en plaats van de executoriale verkoop.	art. 546 jo. 515 lid 1 Rv
		Vaststellen veilingvoorwaarden, in overleg met de hypotheekhouder.	art. 546 jo. 517 lid 1 Rv
		Verzoek bij vzr. tot beslissing t.a.v. geschil over veilingvoorwaarden, wijze van verkoop of dag, uur of plaats daarvan.	art. 546 jo. 518 lid 1 Rv

¹²⁵¹ Belanghebbende in deze zin wil zeggen: de griffier deelt aan deze belanghebbende mee dat er een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop is gedaan en dat zij op hun verzoek kunnen worden gehoord, art. 548 lid 3 Rv. Zie ook art. 3:268 lid 2 BW.

¹²⁵² Een vordering ex art. 3:270 lid 4 BW kan worden gedaan door 'de meest gerede partij'. Aannemelijk is dat dit de in art. 3:270 lid 2 BW vermelde belanghebbenden zijn, samen met de geëxecuteerde.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg notaris</i>	Mededelen aan belanghebbenden van dag, uur en plaats van de verkoop; mededelen en toezenden aan belanghebbenden van veilingvoorwaarden.	art. 546 jo. 515 lid 2, art. 546 jo. 517 lid 1 Rv
		Onverwijld afgeven afschrift binnengekomen onderhandse biedingen aan hypotheekhouder en geëxecuteerde.	art. 547 lid 3 Rv
		Overleggen van een overzicht van de binnengekomen biedingen of verklaring van geen (andere) biedingen bij verzoekschrift in verband met onderhandse executoriale verkoop.	art. 548 lid 2 Rv
		Bevoegdheid tot indienen verzoek tot verlof voor het inroepen van het huurbeding.	art. 549 lid 1 Rv
		Schriftelijke kennisgeving verkoop aan belanghebbenden na executoriale verkoop.	art. 546 jo. 523 Rv
		Opmaken en inschrijven proces-verbaal van toewijzing bij openbare executoriale verkoop.	art. 546 jo. 525 lid 1 Rv
		Verzorgen levering (overdracht) na onderhandse executoriale verkoop.	art. 546 jo. 525 lid 1 Rv ¹²⁵³
		Ontvangst en uitbetaling koopsom.	art. 3:270 BW
		Schriftelijke verklaring van de betaling van de koopsom 'in zijn handen', nodig voor inschrijving proces-verbaal van toewijzing in openbare registers.	art. 546 jo. 525 lid 2 Rv
		Kan uitkering aan eerste hypotheekhouder opschorten bij 'ernstige reden' tot vermoeden onjuiste verklaring.	art. 3:270 lid 4 BW
		Hoofdelijke aansprakelijkheid (naast Staat) bij niet-nakoming verplichtingen m.b.t. koopsom.	art. 3:270 lid 5 BW
		Opstellen authentieke akte voor verdeling koopsom na betaling, mits overeenstemming belanghebbenden.	art. 3:271 lid 2 BW

¹²⁵³ Zie onderdeel 6.3.3.1.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

Belanghebbenden	Alle belanghebbenden (hypotheekhouder, beslaglegger, beperkt gerechtigde met niet-inroepbaar recht ¹²⁵⁴ ¹²⁵⁵)		
		Veiling wordt aan hen aangezegd.	art. 544 Rv
		Belanghebbende bij onderhandse executie. ¹²⁵⁶	art. 548 lid 3 Rv
		Kan gunstiger aanbod voorleggen vóór afloop van de behandeling bij de vzw. (bij onderhandse executoriale verkoop), mits belang bij hogere opbrengst.	art. 3:268 lid 2 BW
		Dag, uur en plaats van verkoop worden schriftelijk medegedeeld door notaris.*	art. 546 jo. 515 lid 2 Rv
		Mededeling en toezending veilingvoorwaarden door notaris.*	art. 546 jo. 517 lid 1 Rv
		Kan verkoop vrij van niet-inroepbaar recht of beperking verlangen.*	art. 546 jo. 517 lid 2 Rv
		Ontvangen schriftelijke kennisgeving van verkoop.*	art. 546 jo. 523 Rv
		Verlangen herveiling bij verzuim koper.*	art. 546 jo. 527 Rv
		Betrokken bij verdeling executieopbrengst.*	art. 3:270 lid 3 BW
		Vordering bij vzw. omtrent uitkering aan eerste hypotheekhouder. ¹²⁵⁷ *	art. 3:270 lid 4 BW
		Betrokken bij de bespreking van de verdeling van de opbrengst.*	art. 3:270 lid 5 BW, 3:271 lid 2 BW
		Bevoegd tot verzoeken rangregeling.*	art. 3:271 lid 1 BW
		Vragen van rekening en verantwoording, indien begrepen in rangregeling én rechtstreeks belang.*	art. 3:272 lid 2 BW

¹²⁵⁴ Let op mogelijkheid rangwisseling, art. 3:262 BW.

¹²⁵⁵ Als achter de omschrijving een ‘*’ is geplaatst dan geldt dit ook voor een schuldeiser die beslag heeft gelegd op de koopprijs. De executoriale verkoop wordt niet aan deze schuldeiser aangezegd ex art. 544 Rv, omdat zijn recht niet door de executoriale verkoop vervalt. Zie Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2002, art. 480 en 481 Rv, aant. 3.

¹²⁵⁶ Belanghebbende in deze zin wil zeggen: de griffier deelt aan deze belanghebbenden mee dat er een verzoek tot onderhandse executoriale verkoop is gedaan en dat zij op hun verzoek kunnen worden gehoord, art. 548 lid 3 Rv. Zie ook art. 3:268 lid 2 BW.

¹²⁵⁷ Een vordering ex art. 3:270 lid 4 BW kan worden gedaan door ‘de meest gereede partij’. Aannemelijk is dat dit de in art. 3:270 lid 2 BW vermelde belanghebbenden zijn, samen met de geëxecuteerde.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg alle belanghebbenden (hypotheekhouder, beslaglegger, beperkt gerechtigde met posterieur recht)</i>	Recht vervalt na levering aan koper.	art. 3:273 BW
	Hypotheekhouder met posterieur hypotheekrecht (overige rollen/bevoegdheden) ¹²⁵⁸		
		Van rechtswege pandhouder vordering uit zaaksvervanging.	art. 3:229 BW
		Bevoegdheid tot inroepen huurbeding bij executoriale verkoop (mits in hypotheekakte). ¹²⁵⁹	art. 546 jo. 517 lid 2 Rv jo. art. 3:264 BW
		Bij woonruimte verlot vzr. nodig voor inroepen.	
		Bevoegdheid tot inroepen beding van niet-verandering inrichting of gedaante (mits in hypotheekakte).	art. 3:265 BW
		Bevoegdheid tot beheer (in geval van ernstig tekortschieten hypotheekgever) en onder zich nemen (indien nodig met het oog op de executie), mits in hypotheekakte. Voor beheer machtiging vzr. nodig	art. 3:267 BW
		Termijn stellen aan hypotheekhouder (sanctie: voortzetting door houder hoogst gerangschikte hypotheekrecht en anders door schuldeiser wiens beslag het eerst is ingeschreven).	art. 545 lid 1 Rv
		Verplicht tot afgeven verklaring tenietgaan hypotheek aan nieuwe eigenaar, op verzoek.	art. 3:274 BW
		Separatistpositie in faillissement.	art. 57 Fw
	Hypotheekhouder met een anterieur recht (overige rollen/bevoegdheden)		
		Van rechtswege pandhouder vordering uit zaaksvervanging.	art. 3:229 BW
		Bevoegdheid tot inroepen beding van niet-verandering inrichting of gedaante.	art. 3:265 BW

¹²⁵⁸ Let op mogelijkheid rangwisseling, art. 3:262 BW.

¹²⁵⁹ Deze bevoegdheid bestaat slechts indien de huur tot stand is gekomen na de vestiging van het hypotheekrecht. Zie voor een uitgebreide beschouwing onderdeel 6.6.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

		Bevoegdheid tot inroepen huurbeding bij executoriale verkoop. ¹²⁶⁰ Bij woonruimte verlot v.zr. nodig.	art. 546 jo. 517 lid 2 Rv jo. art. 3:264 BW
		Bevoegdheid tot beheer (in geval van ernstig tekortschieten hypotheekgever). Voor beheer machtiging v.zr. nodig.	art. 3:267 BW
		Kan executoriale verkoop-procedure overnemen binnen 14 dagen na aanzegging d.m.v. aanzegging overneming.	art. 544 lid 3 jo. 509 Rv
		Termijn stellen aan hypotheekhouder (sanctie: voortzetting door oudste hypotheekhouder of eerst ingeschreven beslaglegger).	art. 545 lid 1 Rv
	Schuldeiser die op het goed beslag heeft gelegd (overige rollen/bevoegdheden)		
		Termijn stellen aan hypotheekhouder (sanctie: voortzetting door houder hoogst gerangschikte hypotheekrecht of schuldeiser wiens beslag het eerst is ingeschreven).	art. 545 lid 1 Rv
Overige betrokkenen ¹²⁶¹		Beslag vervalt bij faillissement.	art. 33 Fw
	Overige schuldeisers van de geëxecuteerde		
		Mogelijkheid tot beslaglegging.	Indien schuldeiser (tijdig) beslag heeft gelegd: behandelen als beslaglegger: zie onder 'alle belanghebbenden'.
	Overige bewoners (niet-huurder)		
		Kunnen door eigenaar worden koper in beginsel tot ontruiming worden →	art. 555 e.v. Rv

¹²⁶⁰ Deze bevoegdheid bestaat slechts indien de hypotheekhouder een huurbeding in de hypotheekakte heeft gemaakt én de huur tot stand is gekomen na de vestiging van het hypotheekrecht. Zie voor een uitgebreide beschouwing onderdeel 6.1.

¹²⁶¹ De positie van de huurkoper op grond van de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken blijft hier buiten beschouwing, gezien de geringe mate waarin van deze wet gebruik wordt gemaakt. Zie Van Velten 2012-II.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

		gedwongen; executoriale titel via rechter. ¹²⁶²	
	(Onder)huurder met huurrecht ontstaan vóór vestiging hypotheek		
		Indien machtiging kantonrechter: beding van niet-verandering inrichting of gedaante in hypotheekakte kan niet worden ingeroepen.	art. 3:265 BW
		Bewoner met een sterker recht.	art. 3:264 lid 4 BW
	Opvolgend (onder)huurder met huurrecht ontstaan vóór vestiging hypotheek		
		Indien machtiging kanton- rechter: beding van niet- verandering inrichting of gedaante in hypotheekakte kan niet worden ingeroepen	art. 3:265 BW
		Bewoner met een sterker recht, <i>voor zover</i> nieuwe huur niet op ongewone en voor hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden ¹²⁶³	art. 3:264 lid 4 BW
	(Onder)huurder met huurrecht ontstaan na vestiging hypotheek		
	<u>Inroepen huurbeding door hypotheekhouder</u>	Hypotheekhouder kan huur- beding inroepen, maar bij woonruimte is verlof vwr. nodig.	art. 3:264 lid 1, 5 en 6 BW
		Indien machtiging kantonrechter: beding van niet-verandering inrichting of gedaante in hypotheekakte kan niet worden ingeroepen.	art. 3:265 BW
		Indien inroepen huurbeding bij woonruimte: veiling wordt aan hem aangezegd.	art. 549 lid 1 jo. 544 Rv
		Indien inroepen huurbeding bij woonruimte: wordt opgeroepen voor zitting.	art. 549 lid 2 Rv

¹²⁶² Op grond van art. 525 lid 3 Rv kan alleen de 'geëxecuteerde' tot ontruiming worden gedwongen op grond van het proces-verbaal van toewijzing. Ruime uitleg van deze bepaling zou kunnen meebrengen dat de hypotheekgever 'en de zijnen' (het gezin van de hypotheekgever) tot ontruiming kunnen worden gedwongen. Andere bewoners (bijvoorbeeld krakers) moeten in ieder geval met de procedure van art. 555 e.v. Rv tot ontruiming worden gedwongen, voor een huurder geldt de procedure van art. 3:264 BW.

¹²⁶³ Is de nieuwe huur *wel* op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden aangegaan dan dient de procedure van art. 3:264 BW te worden doorlopen om de huur te vernietigen. Zie hiervoor onder '(Onder)huurder met huurrecht ontstaan na vestiging hypotheek'.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg (onder)huurder met huurrecht ontstaan na vestiging hypotheek; inroepen huurbeding</i>	Indien inroepen huurbeding bij woonruimte: geen verlof nodig indien: 1. schriftelijke toestemming voor vernietiging of 2. huur tot stand gekomen na bekendmaking ex art. 516 Rv.	art. 3:265 lid 5, tweede zin BW
		Indien inroepen huurbeding bij woonruimte: geen verlof indien ook met instandhouding van de huur alle hypotheekhouders met inroepbaar huurbeding naar verwachting voldaan kunnen worden. In dat geval geen verkoop vrij van huur.	art. 3:264 lid 6 BW
		Indien inroepen huurbeding bij woonruimte: huurder die tot ontruiming wordt gedwongen op grond van art. 3:264 lid 5 en 6 BW krijgt ontruimingstermijn van voorzieningenrechter van maximaal één jaar.	art. 3:264 lid 6 BW
		Indien inroepen huurbeding bij niet-woonruimte: voor gedwongen ontruiming is nog executoriale titel rechter nodig.	art. 555 e.v. Rv
		Schadevergoedingsvordering op executie-opbrengst met rang onmiddellijk na degenen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen (hypotheekhouders met inroepbaar huurbeding).	art. 3:264 lid 7 BW ¹²⁶⁴
	<u>Belanghebbende</u>	Betrokken bij verdeling executieopbrengst.	art. 3:270 lid 3 BW
		Vordering bij vzr. omtrent uitkering aan eerste hypotheekhouder. ¹²⁶⁵	art. 3:270 lid 4 BW
		Betrokken bij de <i>bespreking</i> van de verdeling van de opbrengst.	art. 3:270 lid 5 BW, 3:271 lid 2 BW

¹²⁶⁴ De huurder heeft op grond van art. 3:264 lid 7 BW een *rechtstreekse* aanspraak op de executieopbrengst, gelijk de beperkt gerechtigde ex art. 3:282 BW, zie Van Hees 2011, p. 325 (m.n. voetnoot 1).

¹²⁶⁵ Een vordering ex art. 3:270 lid 4 BW kan worden gedaan door 'de meest gereede partij'. Aannemelijk is dat dit de in art. 3:270 lid 2 BW vermelde belanghebbenden zijn, samen met de geëxecuteerde.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg (onder)huurder met huurrecht ontstaan na vestiging hypotheek; belanghebbenden</i>	Bevoegd tot verzoeken rangregeling. Schriftelijke kennisgeving van verkoop. Vragen rekening en verantwoording indien begrepen in rangregeling én rechtstreeks belang.	art. 3:271 lid 1 BW art. 546 jo. 523 Rv art. 3:272 lid 2 Rv
	Cessionaris m.b.t. huurpenningen/pandhouder met pandrecht op huurpenning		
		Hypotheekhouder kan huurbeding inroepen, mits hypotheek gevestigd vóór cessie/pandrecht.	art. 3:264 lid 1 BW
	Houder van beperkt recht dat tegen hypotheekhouder kan worden ingeroepen ¹²⁶⁶		
		Recht vervalt indien belanghebbende verzoekt om verkoop vrij van het recht ex art. 517 lid 2 Rv. ¹²⁶⁷	art. 546 jo. 526 lid 2 jo. 3:273 BW
	<i>Bijzonderheden bij erfdienstbaarheid</i>	Verkrijger erf dwingend-rechtelijk hoofdelijk aansprakelijk voor geldelijke verplichtingen opeisbaar geworden in 2 aan overdracht voorafgaande jaren.	art. 5:77 lid 2 BW
	<i>Bijzonderheden bij erfpacht/opstal</i>	Toestemming erfverpachter/opstaller voor overdracht of toedeling niet.	art. 5:91 BW
	Gerechtigde tot kwalitatieve verplichting die is ingeschreven voor het hypotheekrecht		
		Koper is gebonden.	art. 6:252 lid 1 BW
	Gerechtigde tot ‘jongere’ kwalitatieve verplichting die is ingeschreven na het hypotheekrecht		
		Hypotheekhouder en koper kunnen kwalitatieve verplichting negeren: blijft de verplichting ‘sluimeren’?	art. 6:252 lid 3 onder a BW
	Gerechtigde tot kettingbeding		
		Hypotheekhouder kan (in beginsel) vrij van kettingbeding verkopen.	
	Houder van (ander) persoonlijk recht		
		Hypotheekhouder kan vrij van persoonlijke recht verkopen.	

¹²⁶⁶ Let op mogelijkheid rangwisseling, art. 3:262 BW.

¹²⁶⁷ Gezien de tekst van art. 3:270 lid 2 BW is het aannemelijk dat de beperkt gerechtigde van wie het recht vervalt als gevolg van het inroepen van art. 517 lid 2 Rv meedeelt bij de verdeling van de executieopbrengst en dat daarom ook de overige bepalingen die voor de belanghebbenden gelden ook voor hem van toepassing zijn.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

Koper wiens recht is ingeschreven in de openbare registers ex art.7:3 BW		
	Hypothekhouder kan inschrijving negeren bij executoriale verkoop, indien inschrijving ná vestiging hypotheekrecht	art. 7:3, aanhef en lid 3 onder b BW
Houder van retentierecht van wie vordering is ontstaan vóór vestiging hypotheek		
	Retentierecht kan worden ingeroepen tegen hypotheekhouder ¹²⁶⁸	art. 3:291 lid 1 BW
Houder van retentierecht van wie de vordering is ontstaan na vestiging hypotheek		
	Retentierecht kan tegen hypotheekhouder worden ingeroepen indien: ¹²⁶⁹ - schuldenaar bevoegd tot aangaan overeenkomst waaruit vordering voortspruit; of - houder van retentierecht geen reden had aan bevoegdheid schuldenaar te twijfelen	art. 3:291 lid 2 BW
Vereniging van Eigenaars		
	Voor verschuldigde <i>bijdragen</i> , opeisbaar geworden in het lopende of voorafgaande boekjaar, is de koper naast hypotheekgever/geëxecuteerde hoofdelijk aansprakelijk.	art. 5:122 lid 3 BW
	De in het lopende of voorafgaande boekjaar opeisbaar geworden bijdragen zijn bevoorrecht op het appartementsrecht. ¹²⁷⁰	art. 3:286 BW
Houder van vordering wegens kosten van behoud		
	Voorrang boven rechten van derden en voorrechten bij uitdeling executieopbrengst, behalve: - rechten van derden verkregen na het maken van de kosten tot behoud; →	art. 3:284 BW

¹²⁶⁸ Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk, zie Hoge Raad 12 juni 2009, *NJ* 2010, 663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Heembouw/Fortis c.s.), rechts-overweging 3.11.

¹²⁶⁹ Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk, zie Hoge Raad 12 juni 2009, *NJ* 2010, 663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (Heembouw/Fortis c.s.), rechts-overweging 3.11.

¹²⁷⁰ Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg houder van vordering wegens kosten van behoud</i>	<ul style="list-style-type: none"> - een na het maken van de kosten ontstaan recht uit levering <i>constituto possessorium</i>, mits roerende zaak nog niet in handen verkrijger; - voorrechten waarbij vordering is ontstaan na maken kosten tot behoud.¹²⁷¹ 	
Houder van vordering wegens bearbeiding (aannemer)			
		Onder voorwaarden voor-rangsrecht bij uitdeling executieopbrengst. ¹²⁷²	art. 3:285 BW
Deelgenoten bij gemeenschap			
		Verkrijger aandeel is naast geëxecuteerde hoofdelijk aansprakelijk voor vergoeding schuld geëxecuteerde.	art. 3:176 BW
		Onder omstandigheden plicht deelgenoten tot vergoeding van schade als gevolg van uitwinning.	art. 3:188 BW
Curator (bij faillissement hypotheekgever/schuldenaar)¹²⁷³			
		In beginsel dulden verkoop.	art. 57 lid 1 Fw
		Bij verdeling executie-opbrengst mede rechten beslagleggers uitoefenen.	art. 57 lid 3 Fw
		Redelijke termijn stellen aan hypotheekhouder.	art. 58 lid 1 Fw
		Bevoegd tot verkoop i.p.v. hypotheekhouder, indien woning niet door hypotheekhouder verkocht binnen termijn.	art. 58 lid 1 Fw
		Bevoegd tot lossing.	art. 58 lid 2 Fw
Deurwaarder			
		Uitbrengen exploit aanzegging executoriale verkoop aan de belanghebbenden en huurder.	art. 544 lid 2, art. 549 lid 1 Rv
		Verzoek voorleggen bij bezwaar i.v.m. verkoop.	art. 438 lid 4 Rv
		Uitvoering van de gedwongen ontruiming (op grond van hypotheekakte of executoriale titel rechter).	art. 556 en 557 Rv

¹²⁷¹ Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk.

¹²⁷² Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk.

¹²⁷³ Bij toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen geldt in beginsel hetzelfde op grond van art. 313 Fw. Let echter op de mogelijkheid van art. 303 lid 3 jo. 358 lid 5 Fw. Zie daarover onderdeel 5.2.6.2, onder 1A.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE VERKOOP

	Advocaat	Ondertekenen verzoekschriften m.b.t. executoriale verkoop. Verzoek verlof huurbeding kan ook door notaris worden ingediend.	art. 279 Rv
	Voorzieningenrechter	Indien derdenhypotheek: beslissen bij weigering hypotheekhouder ex art. 3:234 lid 1 of 2 BW (eerst verkopen andere goederen).	art. 3:234 lid 3 BW
		Beslissen over verlenen verlof bij inroepen huurbeding bij woonruimte.	art. 3:264 lid 5 en 6 BW, art. 549 Rv
		Beslissen over verlenen machtiging inbeheerneming.	art. 3:267 BW
		Beslissen inzake onderhandse executoriale verkoop bij overeenkomst die ter goedkeuring wordt voorgelegd.	art. 3:268 lid 2 en 3 BW jo. 548 lid 1 Rv
		Bepaling datum openbare verkoop bij afwijzing verzoek onderhandse executoriale verkoop.	art. 548 lid 4 Rv
		Aantekening goedkeuring verklaring eerste hypotheekhouder, nadat hem summierlijk van juistheid is gebleken.	art. 3:270 lid 3, derde zin BW
		Beslissing over uitkering bij vordering notaris of ‘meest gerede partij’. ¹²⁷⁴	art. 3:270 lid 4 BW
		Verstrekken verklaring vervallen hypotheeken, beslagen en beperkte rechten (zuiveringsverklaring).	art. 3:273 lid 2 BW ¹²⁷⁵
		Beslissing in kort geding bij executiegeschil.	art. 438 lid 2 en 4, 438a Rv
		Verwijzing naar rechtbank indien executiegeschil zich niet leent voor behandeling in kort geding.	art. 438 lid 3 Rv
		Beslissing veilingvoorwaarden, wijze van verkoop, dag, uur of plaats.	art. 546 jo. 518 lid 1 Rv

¹²⁷⁴ Een vordering ex art. 3:270 lid 4 BW kan worden gedaan door ‘de meest gerede partij’. Aannemelijk is dat dit de in art. 3:270 lid 2 BW vermelde belanghebbenden zijn, samen met de geëxecuteerde.

¹²⁷⁵ In art. 3:273 lid 2 BW staat ‘president van de rechtbank’, maar dit had moeten zijn vervangen door ‘voorzieningenrechter’. Zie ook wetsvoorstel Executieveilingen, art. 3:273 lid 2 nieuw-BW en MvT, p. 21.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg voorzieningenrechter</i>	Bepalen gezamenlijke verkoop onroerende zaken in verschillende arrondis- sementen.	art. 546 jo. 520 lid 2 Rv
		Beslissing termijnstelling.	art. 545 lid 1 Rv
	Civiele rechter	Beslissing bodemgeschil bij executiegescil.	art. 438 lid 1 Rv
	Rechter-commissaris	Bevoegd bij gerechtelijke rangregeling.	art. 3:271 lid 1 BW jo. 552 jo. 482-490a, 490c en 490d Rv ¹²⁷⁶
	NHG/Stichting WEW	Borg voor de betaling van de hypothecaire lening.	art. 7:850 e.v. BW
	Staat	Hoofdelijk aansprakelijk naast notaris voor diens verplich- tingen bij uitkering koopsom.	art. 3:270 lid 6 BW
	Fiscus	Mogelijkheid van vereen- voudigd derdenbeslag onder notaris op restant-executie- opbrengst.	art. 19 Inv.
		Voorrecht dat boven alle andere voorrechten gaat (behalve voorrecht van art. 3:284 BW, tenzij kosten gemaakt na dagtekening aanslagbiljet).	art. 21 Inv., art. 3:279 BW
	Waterschap	Voorrecht dat boven hypo- theekrecht gaat. ¹²⁷⁷ Voorrecht komt na voorrechten van art. 3:284 en 3:288 onder a BW.	art. 138 lid 3 Waterschapswet
	Bestuursorgaan dat voorkeursrecht heeft gevestigd	Bij onderhandse executoriale verkoop mogelijkheid van hoger bod.	art. 10 lid 2 onder e Wvg
	Koper	Verkrijgt eigendomsrecht door inschrijving proces-verbaal van toewijzing. ¹²⁷⁸	art. 525 lid 1 Rv
		Moet koopprijs voldoen in handen notaris.	art. 3:270 lid 1 BW
		Betaling kosten en aansprake- lijkheid bij herveiling indien tekortschieten in de nakoming.	art. 527-529 Rv
		Kan herveiling voorkomen door alsnog koopsom te voldoen + reeds gemaakte kosten herveiling.	art. 528 Rv

¹²⁷⁶ De gerechtelijke rangregeling is uitgebreid beschreven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarom wordt de procedure hier niet uitgewerkt, maar wordt verwezen naar de betreffende wetsbepalingen (art. 3:271 lid 1 BW jo. 552 jo. 482-490a, 490c en 490d e.v. Rv).

¹²⁷⁷ Voor meedelen in de executieopbrengst is beslag leggen noodzakelijk.

¹²⁷⁸ Zie ook onderdeel 6.3.3.1.

BIJLAGE: OVERZICHT VAN DE BETROKKENEN BIJ DE EXECUTORIALE
VERKOOP

	<i>Vervolg koper</i>	Kan op grond van vertoon proces-verbaal geëxecuteerde dwingen tot ontruiming.	art. 546 jo. 525 lid 3 Rv
		Bij woonruimte: kan op grond van beschikking vzw. huurder tot ontruiming dwingen (mits verlof verleend).	art. 3:264 lid 6 BW
		Voor ontruiming m.b.t. andere bewoners is executoriale titel nodig.	art. 555 e.v. Rv
		Kan verklaring tenietgaan en vervallen rechten vragen aan voorzieningenrechter, die kan worden ingeschreven in openbare registers.	art. 3:273 lid 2 en 3 BW
		Kan hypotheekhouder/ executant verzoeken tot verklaring vervallen hypotheek, die kan worden ingeschreven in openbare registers.	art. 3:274 BW

Reeds verschenen in de reeks Vastgoed, omgeving & recht

- Deel 1 W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck,
Verbetering betrouwbaarheid basisregistratie Kadaster, 2012
- Deel 2 N. Vegter, De vereniging van eigenaars, 2012
- Deel 3 I. Visser, De executoriale verkoop van onroerende zaken door de
hypotheekhouder, 2013